

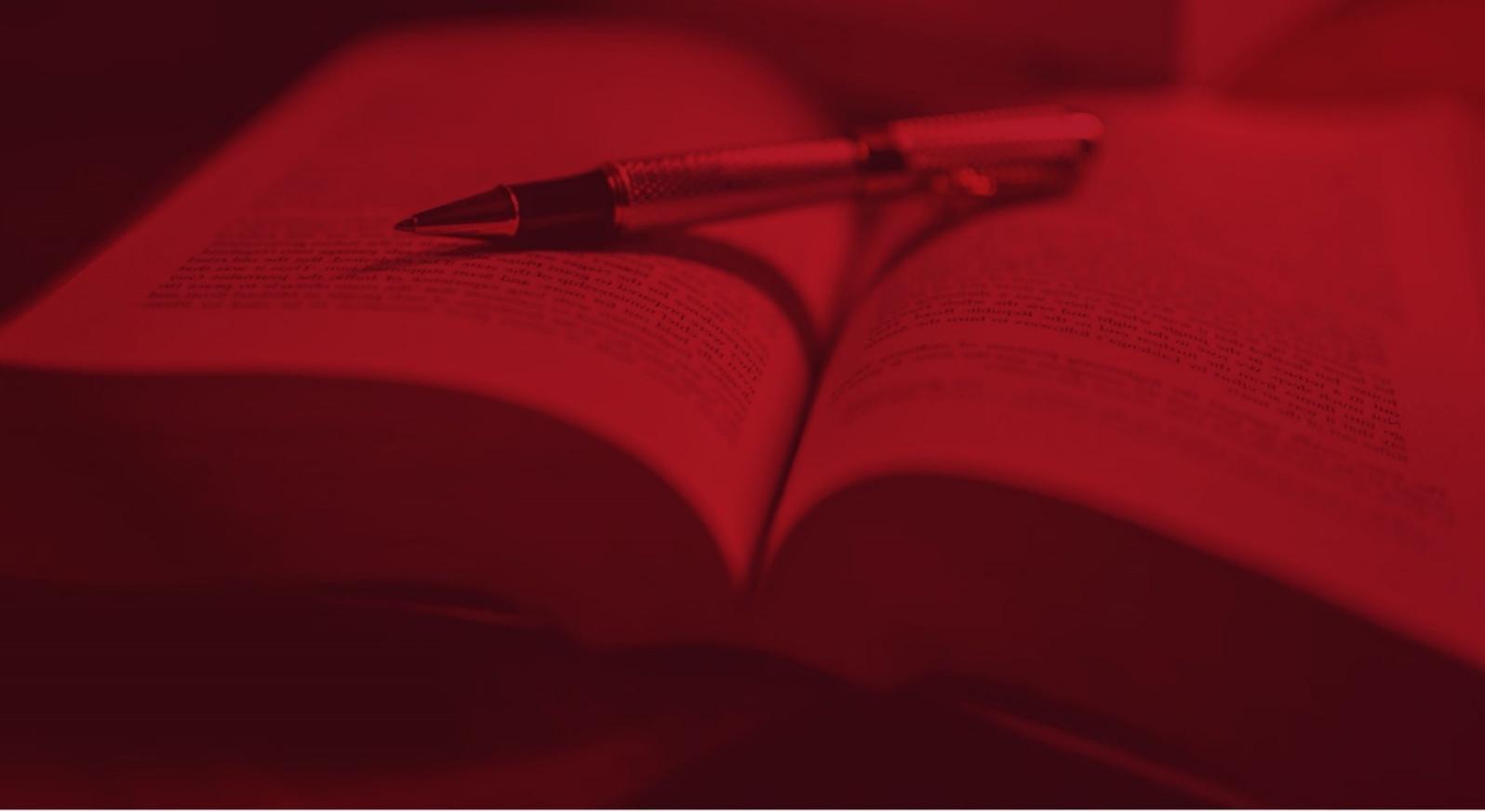
CENTRO DE ESTUDIOS DE
Derecho de Daños



FACULTAD DE
DERECHO
U N C

ISSN 3008-7392

ESTUDIOS *del* **CENTRO**



VOLUMEN 1
N° 2 / 2023

DIRECTORES

Dr. José Fernando Márquez
Mg. Magalí Lendaro

DIRECTORA HONORARIA
Dra. María Cristina Plovánich

Estudios del Centro

La Revista “Estudios del Centro” se desarrolla en el marco de las actividades del Centro de Estudios de Derecho de Daños “Matilde Zavala de González”, dependiente del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Córdoba.

Directores: Dr. José Fernando Marquez y Mg. Magalí Lendaro

Directora Honoraria: Dra. María Cristina Plovanich

Secretarios: Ab. Constanza Loustau Bidaut y Dr. Leonardo Marcellino

Comité Académico Editorial: Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo), Carlos Hernández (UNR), Federico de Lorenzo (UBA), Sebastián Picasso (UBA), Jorge Galdós (UCA), Adela Seguí (UNT), María del Carmen Cerutti (UNC), Juan Carlos Palmero (UNC), Manuel Cornet (UNC) y Ramón Daniel Pizarro (UNC).

Comité Evaluador de Referato: Profesores de la Cátedra de Derecho Privado VII de la Facultad de Derecho e integrantes del Centro de Estudios de Derecho de Daños, Dra. Beatriz Junyent Bas, Dra. María Florencia Ramos, Dr. Martin Juárez Ferrer y Dr. Sebastián Monjo.

Estudios del Centro [ISSN 3008-7392] es una revista sujeta a control de referato con una periodicidad semestral.

La obra se encuentra bajo Licencia CC Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas 4.0



Presentación de la Revista

Es un gran gusto, para todo el equipo de trabajo de esta Revista, poder concretar el segundo número de esta publicación.

Hemos contado con importantes colaboraciones autorales, que reseñaré muy brevemente, de manera que el lector sólo tenga un guía del temario, mas sin ánimo de desentrañar los trabajos, plenos de informaciones y sugerencias, los que merecen detenidas lecturas.

El Profesor De Lorenzo, con sus agudeza y rigor habituales, nos introduce al espinoso tema de la regulación de los derechos personalísimos, su disponibilidad y los límites, desde las miradas filosóficas y sociológicas, para dar pie a sus posiciones jurídicas, en pos de una readecuación de las reglas sobre la materia.

La Profesora Beatriz Junyent y el Magister Santiago Junyent abordan el estudio del consentimiento informado para actos médicos en casos de menores y personas en estado vegetativo, y, en especial, el uso de directivas anticipadas para evitar tratamientos innecesarios (encarnizamiento terapéutico), de notable actualidad ante casos relevantes puestos a consideración de la sociedad en los últimos tiempos.

Leonardo Marcellino, también Profesor de nuestras cátedras, realiza un ajustado análisis de los supuestos de responsabilidad anónima previstos en el Código Civil y Comercial, desgranando los requisitos de aplicación de cada uno de los supuestos y las eximentes invocables por aquellos sobre los que recae la presunción de autoría, con aportes novedosos acerca del factor de atribución aplicable en cada caso.

La función preventiva del derecho de daños es abordada con amplitud por Matías Machado, también docente de Derecho de Daños, en sus facetas sustanciales y procesales, con interesantes aportes sobre las facultades de los jueces en el proceso en base a normas de derecho procesal.

Nicolás Boncini nos aporta un muy novedoso enfoque sobre la prueba del daño moral, trabajo presentado para acceder al título de Magister en Derecho y Argumentación, de nuestra Facultad. Desentrañar la noción de daño moral implica qué es lo que se debe probar; esa es la tarea que Boncini se propone y expone, en un trabajo riguroso y proteico.

Jimena Márquez repasa el siempre polémico transporte benévolo, mostrando las posturas doctrinarias y jurisprudenciales existentes y concluyendo en que el Código Civil y Comercial resuelve las controversias, situando el supuesto en la responsabilidad objetiva por la utilización de una cosa riesgosa, que en nuestra provincia prevalece a partir de la decisión del Tribunal Superior de Justicia que la defiende.

Una muy bien fundada introducción al Análisis económico del derecho y el derecho de daños, es brindada por Valentín Papp. Con un recorrido vasto y certero de las principales categorías involucradas y autores, nacionales y extranjeros, que diseñaron el camino, Papp logra demostrar cómo otra visión del derecho, en su formación y aplicación, es posible.

La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores es estudiada por María Florencia Blanco Pighi, en el Código Civil, sus reformas y el régimen vigente, con aportes para superar los problemas que las reglas en vigencia plantean y un agregado muy valorable, cual es la inclusión de normas de derecho extranjero, siempre necesarias para valorar las propias.

En el marco de nuestro habitual concurso anual de monografías, dirigido a los adscriptos de las Cátedras, el primer premio fue adjudicado al trabajo presentado Lidia María del Milagro Cornavaca, el que estudio el régimen de costas en el juicio por daños y perjuicios en la Provincia de Córdoba, deslindando los diferentes supuestos que se presentan en la materia. El Tribunal evaluador estuvo integrado por nuestros docentes Sebastián Monjo, Leonardo Marcellino y Eduardo Bruera.

Otro de los trabajos presentados en el concurso es el de Ignacio Augusto Croce, quien nos trae un muy interesante caso de jurisprudencia en el cual se condenó al titular de un establecimiento educativo por daños sufridos por una alumna causados por "bullying" de sus compañeros. El autor recorre los diferentes aspectos involucrados y aporta valiosos argumentos en consonancia con el fallo. Este trabajo participó en el concurso de monografías de adscriptos, convocado por el Centro para el año 2023.

Otro trabajo que participó en el concurso es el presentado por Leandro Ríos, quien analiza el artículo 730 del Código Civil y Comercial, que regla la limitación de las costas judiciales, con análisis de la jurisprudencia provincial y nacional, y las posibles inconstitucionalidades implicadas.

En la sección de doctrina extranjera contamos con dos notables trabajos.

Uno, que nos llega desde la hermana república peruana, los juristas Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Juan Jesús Pablo Abanto, quienes nos traen las enseñanzas del italiano Pier Giuseppe Monateri, quien influyó sobre el pensamiento jurídico peruano y su concepción del daño a la persona (y su correlato del daño al proyecto de vida), señero en Latinoamérica.

El otro, desde la vecina Uruguay, del profesor de la Universidad de la República Andrés Mariño López, quien nos muestra los diferentes métodos de cuantificación del lucro cesante por causa de muerte o incapacidad productiva utilizados en su país, algunos que se replican en el nuestro.

Como podrán advertir los lectores, se trata de un amplio abanico de estudios, de temas de candente actualidad, de los que, esperamos, puedan tomar el mayor provecho posible.

Como siempre, debo agradecer a los miembros del equipo de trabajo, Leonardo Marcellino y Constancia Loustau Bidaut y, a la codirectora Magalí Lendaro, verdadera artífice de esta publicación.

José Fernando Márquez

Contenido

Doctrina Nacional

LA TUTELA DEL DERECHO PERSONALÍSIMO A LOS DATOS PERSONALES (LA ACTUALIDAD DEL DEBATE ENTRE ALFREDO ORGAZ Y SANTOS CIFUENTES).....	7
POR MIGUEL FEDERICO DE LORENZO	
CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA ACTOS MÉDICOS	21
POR BEATRIZ MARÍA JUNYENT BAS Y SEBASTIÁN SANDOVAL JUNYENT	
LA RESPONSABILIDAD ANÓNIMA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.....	41
POR LEONARDO MARCELLINO	
FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS: IMPLICANCIAS SUSTANCIALES Y PROCESALES.....	53
POR MATÍAS MACHADO	
LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL	82
POR NICOLÁS BONCINI	
RESPONSABILIDAD POR DAÑOS SUFRIDOS EN EL MARCO DEL TRANSPORTE BENÉVOLO.....	97
POR JIMENA MÁRQUEZ	
UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL DERECHO DE DAÑOS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	114
POR VALENTÍN G. PAPP	
LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DE LOS HIJOS MENORES	129
POR MARÍA FLORENCIA BLANCO PIGHI	
LAS COSTAS EN EL JUICIO DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.	148
POR LIDIA MARÍA DEL MILAGRO CORNAVACA	
INCIDENCIA CAUSAL DEL TITULAR DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS POR CASOS DE “BULLYING”. PODER DE VIGILANCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES. NOTA A FALLO.....	167
POR IGNACIO AUGUSTO CROCE	
LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE COSTAS SEGÚN ARTÍCULO 730 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN	183
POR LEANDRO S. RÍOS	

Doctrina Extranjera

DAÑO A LA PERSONA EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA Y LA IMPORTANCIA DE LA CONTRIBUCIÓN DE PIER GIUSEPPE MONATERI	200
POR CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES Y JUAN JESÚS PABLO ABANTO	
METODOLOGÍA PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN CASO DE MUERTE O INCAPACIDAD PRODUCTIVA DE LA VÍCTIMA EN EL DERECHO URUGUAYO.....	209
POR ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ	

Doctrina Nacional

La tutela del derecho personalísimo a los datos personales (La actualidad del debate entre Alfredo Orgaz y Santos Cifuentes)

Por Miguel Federico De Lorenzo¹

Sumario: 1.- Un debate olvidado pero actual. - 2.- Los derechos personalísimos y la autonomía privada. 3.- ¿La tecnología digital es instrumentalista o determinista? 4.- La irrupción de las nuevas tecnologías en la teoría jurídica. 5.- El problema del “consentimiento” como eje del tratamiento de datos personales. 6.- Recuperar la tutela a través del derecho objetivo. 7.- La metáfora de George Orwell y la tutela objetiva de los datos personales. 8.- Los datos personales como derecho “transpersonal”.²

Resumen: El daño a la persona ha tomado una inesperada dimensión. No sólo se trata ya del daño a la integridad psicofísica, sino también del daño a la esfera más íntima de la persona: sus datos personales. La tecnología, hemos comprobado, cuenta con un poder de daño sobre esta esfera nunca antes conocida. Urge por tanto, repensar la teoría de Orgaz en favor de una tutela objetiva al menos para ciertos ámbitos. Máxime en tiempos en que, la recolección, circulación y usos secundarios de los datos personales, ha dejado de ser una cuestión estrictamente individual pues aparecen nuevas amenazas colectivas a los derechos fundamentales a través del uso de los algoritmos con fines discriminatorios o políticos.

Abstract: The damage to the person has taken on an unexpected dimension. It is not only about damage to psychophysical integrity, but also damage to the most intimate sphere of the person: their personal data. Technology, we have verified, has a power to damage this sphere never before known. It is therefore urgent

¹Profesor de Derecho Civil,
Facultad de Derecho. UBA

Palabras clave: Derechos personalísimos - autonomía privada - tecnología digital - consentimiento- datos personales.

Keywords: Very personal rights - private autonomy - digital technology - consent - personal data.

² El presente trabajo integra el homenaje al Doctor Guillermo Borda.

to rethink Orgaz's theory in favor of objective protection at least for certain areas. Especially in times when the collection, circulation and secondary uses of personal data have ceased to be a strictly individual issue as new collective threats to fundamental rights appear through the use of algorithms for discriminatory or political purposes.

I.- Un debate olvidado pero actual

Hace casi medio siglo, se desarrollaba en nuestro país uno de los debates jurídicos más trascendentes y menos conocido del Derecho Civil. Dos notables juristas – lúcidamente anticipados a los tiempos – ponían sobre el tapete una de las cuestiones más aguda e incipiente de la teoría jurídica: ¿Cómo debe proteger el ordenamiento jurídico a los bienes vinculados a la esfera existencial de la persona humana? O para expresarlo de un modo más técnico: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la protección a la esfera de la personalidad?

Naturalmente que ambos juristas coincidían en que estos bienes debían ser protegidos. En esto, por supuesto no había dudas ni, por lo tanto, desacuerdos. Son bienes vinculados directamente a la dignidad de la persona humana y por lo tanto, deben ser preservados por el orden jurídico.

La discusión entre ambos juristas, si se quiere, transcurría por otro andarivel. En efecto ¿se trata de intereses que deben ser protegidos a través de la tutela imperativa del *derecho objetivo*³?; o por el contrario, ¿deben ser protegidos a través del ropaje jurídico del derecho subjetivo?⁴.

Nada menos que este era el eje del debate.

En la 3ª edición de su obra, CIFUENTES transcribe los detalles íntimos del debate en estos términos:

“No sería justo de mi parte omitir la transcripción de una carta personal que recibí de ORGAZ, el 12 de agosto de 1974, cuando conoció mi obra, en la cual manifestó su pensamiento sobre la materia, con la profundidad que le era habitual. Dejando de lado las circunstancias de esa epístola, y algún comentario que me llenó de orgullo, limito la transcripción al problema de la naturaleza jurídica que nos preocupaba. Me manifestó allí el jurista cordobés:

"Nuestras posiciones centrales, la suya y la mía, divergen en esta materia, como lo señala Ud.: esto es completamente normal. Para mí, como lo he dicho, la dificultad para que los escritores lleguemos a un acuerdo, está en la notoria ambigüedad de la palabra 'derecho'. A propósito de ella y de otras, como justicia, ley y moral, ha señalado Roscoe Pound que sobre su significación 'no han podido ni pueden todavía llegar los juristas a un consenso. También sobre esto hay quienes sostienen que no es posible respuesta alguna'. Yo estoy muy cerca de compartir este pesimismo. Sólo a título de mayor aclaración - y no de refutación- deseo hacerme cargo aquí, brevemente, de un argumento importante de su trabajo. Dice Ud., a propósito de la tesis que sustentó: '... se me ocurre recordar aquí que, si hay lesión, o sea, carácter lesivo en el acto, es porque había algo que era objeto de esa lesión. Y ese algo, ¿qué es sino un derecho?'.

Respondo [sigue Orgaz]: nunca he negado que hubiese algo, pero sí que fuese necesariamente un 'derecho': a mi juicio, puede ser un 'bien' inherente a la persona y

³ ORGAZ, Alfredo "Personas individuales", Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, pág. 119 y ss.

⁴ CIFUENTES, Santos "Derechos Personalísimos", Astrea, Bs.As. 3ª edición, pág. 97.

aun un mero 'interés' tutelado por la ley. En este caso, los meros 'intereses' prevalecen sobre el 'derecho', no obstante ser éste, en general, más fuerte que aquéllos. Relativamente a los 'bienes' personales (vida, salud, libertad, etc.), cada uno de nosotros, *antes* de toda lesión por terceros, no tiene verdaderamente 'derechos', porque - como ha señalado Kelsen - los derechos requieren la existencia de un 'deber' u obligación a cargo de otro. Observa también Karl Engisch: 'Sólo su conducta (la del individuo) con respecto a los demás, y no su conducta con respecto a sí mismo, encuentra regulación jurídica'. En suma y a mi juicio, la existencia de un 'derecho' supone una relación entre dos o más personas; el 'bien' o el 'interés' protegido por la ley, antes de cualquier intromisión o lesión ajena, sólo contiene en potencia la posibilidad de una relación jurídica *futura*, sólo la posibilidad de un 'derecho'. Ésta es, en 'comprimido' farmacológico, mi posición en el problema. Excuse Ud. esta breve reacción a su interesante crítica, que muestra mejor que un simple acuse de recibo y un elogio general, el aprecio que me ha merecido su concienzuda monografía".

Así terminó Orgaz su medular misiva, que yo contesté reconociendo el rigor de su pensamiento, pero anteponiendo la necesidad actual de dar la mayor fuerza defensiva en el ámbito civil a estos "derechos", para contraponer medios de amparo a las invasiones, del submundo mecánico, material e interesado de ahora, frente a las nuevas formas de ataque "insospechadas antes, originalísimas a veces, peligrosísimas siempre", por el arrasador avance masivo y tecnológico"⁵.

En el prólogo a la obra de referencia, afirmaba el ilustre jurista, GUILLERMO BORDA: "Resulta difícil no compartir la posición tan firmemente sostenida por autor. Cuando se afirma que el hombre tiene estos derechos -y que los tiene por derecho natural- se hace una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra derecho".

En la edición de 1970 de su excelsa obra era aún más incisivo: "alrededor de la naturaleza jurídica de estos derechos se ha suscitado una ardiente polémica. Incluso ha llegado a negarse que sean derechos en sentido propio. Creemos que esta discusión acerca de si existen o no los derechos de la personalidad, debe considerarse superada. Los juristas podrán sostener sobre este punto cualquier teoría; pero nadie dejará por ello de hablar de su derecho a la vida, a la libertad, al honor. Está bien que así sea; no hay ninguna impropiedad jurídica; es, además, una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra "derecho"⁶.

La posición de Borda era - como siempre - no solo clara, sino también no dogmática. Es cierto que la cuestión que se debatía no era nueva⁷, pero había quedado en el olvido durante décadas hasta que este debate, cargado de cultujurídica, la puso

⁵ CIFUENTES, Santos "Derechos Personalísimos", cit. pág. 152, nota 66; Para otros detalles interesantes de este debate: TOBIAS, José W. en el Prólogo a la obra "Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra Homenaje a Santos Cifuentes", La Ley- Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019.

⁶ BORDA, Guillermo "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Buenos Aires, 5ª edición Abeledo Perrot, 1970, tomo 1, n° 310.

⁷ CASTAN TOBEÑAS, José "Los derechos de la personalidad", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1952, pág. 5 y ss. y en especial pág. 17, para quien se trata de verdaderos "derechos subjetivos"; DE CASTRO Federico "Los llamados derechos de la personalidad", en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1959, pág. 3 y ss. que adhería a la postura "objetiva". Pionero en el debate

nuevamente entre nosotros, como un eje central en derredor del cual debía construirse la teoría general de los derechos personalísimos.

Tampoco era – ni lo es – un problema baladí, sino que por el contrario encierra – como luego veremos – una de las cuestiones más delicada del tema.

Básicamente, la disputa entre ambos juristas se centraba en lo siguiente: ¿los bienes personalísimos (vida, integridad, honor, intimidad, datos personales, etcétera) deben ser tutelados *objetivamente* por el derecho o, en cambio, debe considerarse que *la persona es la titular de derechos subjetivos de la personalidad*?

En un caso (si se tratara de una tutela objetiva), la protección de los intereses personalísimos la impone de modo imperativo el ordenamiento (derecho objetivo) pero sin que ello implique otorgar, correlativamente, *un derecho subjetivo* que dependa – como todo derecho – del “señorío” de la voluntad de su titular. Vale decir, la tutela es impuesta por el ordenamiento a través de normas imperativas que sustraen a estos bienes jurídicos existenciales, por así decirlo, de la idea de un *derecho sobre sí mismo* y, por ende, a la gestión del bien jurídico mediante la exclusiva voluntad de su titular.

Eventualmente, el derecho subjetivo – sostienen los partidarios de esta tesis – surge solo después de la lesión (*lato sensu*) momento en el cual se abre la vía inhibitoria o resarcitoria correspondiente.

En apoyo de esta idea, se suele también recordar que la ley puede proteger un interés o un bien sin que ello implique necesariamente atribuir un derecho subjetivo⁸.

Desde la otra perspectiva (es decir, si se trata de una tutela subjetiva) la protección opera – siguiendo el teorema de Jhering – en la forma de un interés jurídicamente protegido por el conducto *de un derecho subjetivo* y, por lo tanto, sujeto al ejercicio discrecional según *la voluntad* de su titular, dentro por supuesto de los límites del orden público.

Según esta perspectiva, actualmente afianzada en el pensamiento jurídico, la idea del derecho personalísimo como derecho subjetivo es la que mejor se concilia con la garantía constitucional (art. 19 CN) de la *autodeterminación* de la persona humana en orden a *orientar su propio destino*.

Son ejemplos de esta dimensión, los casos resueltos por la Corte Suprema sobre la negativa transfundirse por razones religiosas (“Bahamondez”, Fallos: 316:479, “Albarracini”, Fallos: 335:799), de consumo personal de estupefacientes (“Arriola” Fallos 332:1963); la decisión de una muerte digna (“M. A. D.”, Fallos 338:556), entre tantos otros.

fue: ROGUIN, Ernesto (“Las reglas jurídicas”, Madrid, 1904 (de la edición francesa de 1889), n° 131; FERRARA, Francesco “Trattato di diritto civile italiano”, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, pág. 313; DABIN, Jean “Theorie générale du Droit” 12ª, Bruylant, Bruselas, 1953, pág. 103; DE CUPIS, Adriano “I Diritti della personalità”, Giuffré, Milano, 1959, tomo 1, págs. 11, 33 y ss.; DECOCQ, André “Essai d’une théorie générale des droits sur la personne”, Paris, LGDJ, 1960, 2 y ss. ; ROUBIER, Paul « Droits subjectifs et situations juridiques », Paris, Dalloz, 1963, esp. pág 87 y ss., con un extenso desarrollo histórico y de política jurídica sobre el debate entre « objetivismo » y « subjetivismo ». Cabe aclarar que el ilustre jurista se inclinaba por la teoría objetiva en materia de situaciones jurídicas extrapatrimoniales (pág. 364); BESSONE, Mario «Diritto soggettivo e diritti de la personnalité », en Rivista Trimestrale di Diritto Civile, 1973, pag. 1175 y ss.

⁸ TUHR, Andreas “Derecho Civil. Teoría general del Derecho civil alemán”, Buenos Aires, Depalma, volumen I, pág. 189; ORGAZ, Alfredo, op. cit pág. 112.

En suma, mientras que para la teoría subjetiva, los derechos personalísimos son disponibles por su titular⁹ y, por lo tanto, compatibles con la *autonomía de la voluntad*; para la teoría contraria, conceptualizar a estos bienes como derechos subjetivos sería tanto como admitir que frente a bienes jurídicos esenciales de la persona humana, el *titular termine por ser el árbitro exclusivo*¹⁰, a través de la autodeterminación, de valores existenciales, circunstancia que resultaría, según este enfoque, someter a estos bienes que hacen al “ser” de la persona al modelo de un “yo propietario” propio de la dimensión del “tener” que caracteriza a los derechos patrimoniales¹¹.

En síntesis, hallándose en juego bienes “existenciales” – sostiene la postura objetiva – que hacen al “ser de la persona”, estas situaciones jurídicas deberían ser aprehendidas por el derecho objetivo que es quien debe establecer reglas precisas, adecuadas y *diferenciadas para cada uno de estos bienes*, en cuanto a la posibilidad de disposición, de renuncia, de transmisibilidad, etcétera¹².

Vale aclarar, que ambas teorías coinciden en la necesidad de proteger al individuo no sólo de terceros, sino – y este es el punto – incluso *de sí mismo, de sus propias decisiones*, las cuales – se afirma – tomadas de un modo inaprensible podrían socavar su propia esencia humana¹³. Ambas teorías, por lo tanto, profesan un cierto *paternalismo jurídico* y coinciden con el núcleo duro de la cuestión: *preservar la intangibilidad de la persona humana* (artículo 51 del CCyC).

Ahora bien, mientras que para la corriente objetiva esta protección se logra a través del derecho objetivo, quien se encarga de dosificar la tutela del bien jurídico respectivo¹⁴; para la teoría del “derecho subjetivo” *la gestión del bien jurídico queda a cargo del o la titular* quien encuentra la protección no ya a través de la “indisponibilidad” (resabio del “perfeccionismo” jurídico) sino, por medio de la facultad “irrenunciable” del titular del derecho a *revisar y revocar libremente la disposición que haya realizado de su derecho* (art. 54 del CCyC). El sistema, en otros términos, prioriza la “autodeterminación” de la persona pero, consciente que el propio individuo con su elección puede poner en riesgo su esfera intangible, le otorga el beneficio del *ius poenitendi*.

II.- Derechos personalísimos y autonomía privada

Con el correr de los años, la doctrina de los derechos (subjetivos) personalísimos terminó por imponerse ampliamente tanto en nuestro medio¹⁵ como en el derecho

⁹ Es la solución finalmente recogida por el artículo 55 del CCyC.

¹⁰ Es el epicentro de la crítica de ORGAZ, Alfredo op. cit. pág. 116.

¹¹ El ejemplo emblemático es que nadie puede someterse “voluntariamente” a la trata de personas (art. 2º de la ley 26.364).

¹² MESSINETTI, Davide “Personalità (diritti della)”, en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, pág. 355 y ss.

¹³ CATERINA Raffaele “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, en Rivista di diritto civile, 2005, pág. 771.

¹⁴ LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en « Les métamorphoses du droit des personnes”, sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 244.

¹⁵ SAUX, Edgardo “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal, 2018, tomo II, pág. 117; TOBIAS, José, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, La Ley, Bs.As., 2018, tomo II, pág. 173; RIVERA, Julio C. “Instituciones de Derecho Civil”, La Ley, Bs.As. 2022.

comparado¹⁶, consolidándose incluso normativamente con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que recogió claramente esta perspectiva¹⁷.

Como acertadamente sintetiza la cuestión Alberto Bueres, los derechos personalísimos son derechos subjetivos *especiales*, pero derechos subjetivos al fin y a la postre¹⁸. No obstante ello, no faltan voces autorizadas que han llamado la atención sobre el déficit que la teoría de los derechos humanos o personalísimos concebidos como derechos subjetivos puede padecer en la complejidad de la sociedad actual. Así, por ejemplo, se ha observado:

a.- Que posicionar a los derechos humanos subsumidos en la estructura clásica de los derechos subjetivos, es condenar a estos bienes a circular bajo la forma de mercancía¹⁹.

b.- Que las situaciones jurídicas existenciales antes que un derecho constituyen un valor fundamental en el ordenamiento que incluso son anteriores a éste²⁰;

c.- Que los derechos humanos necesitan siempre de una tutela objetiva y del derecho positivo para ostentar su vigencia²¹.

d.- Que la lógica del derecho subjetivo, que en condiciones normales pudo haber sido vista como una adquisición para la persona humana, resulta ser en estadios de complejidad social una *teoría regresiva* para los derechos personalísimos porque pone al interés tutelado en una situación de fragilidad debido a la posibilidad de disposición por parte de su titular²².

e.- Que concebir a un “derecho humano” como un bien jurídico sujeto a la libre y voluntaria disposición por su titular, es negarle su carácter de derecho esencial²³.

f.- Que esta idea que asimila a las situaciones jurídicas existenciales con los derechos patrimoniales, poniéndolos en la misma bolsa del verbo “tener”, no responde ya a los valores inspiradores de la persona humana; y que, precisamente por ello, ya comienza a abrirse camino la idea, cercana al abuso del derecho, de la *fonction sociale des droits de la personnalité*.

g.- Que la noción de *autodeterminación* es una idea “*ultra individualista*” que expone a la esencia de la persona humana a una *reificación*, razón más que suficiente para

¹⁶ BRUGUIÉRE, Jean – GLEIZE, Bérengère “Droits de la personnalité”, Ellipses, Paris, 2015, pág. 63.

¹⁷ COMPAGNUCCI de CASO, Rubén “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en “Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en Homenaje a Santos Cifuentes”, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 119.

¹⁸ BUERES, Alberto J. “Prólogo a la obra de BERGOGLIO – BERTOLDI, “Trasplantes de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. XXV.

¹⁹ BARCESAT, Eduardo “Sobre el porvenir de los derechos humanos”, en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 183.

No hará falta aclarar que, como señala Rivera, lo que los civilistas llamamos derechos personalísimos no son más que el reflejo de los derechos humanos en el ámbito del derecho privado (“Instituciones...”, cit., tomo I, p.146)

²⁰ Recientemente: LIPARI, Nicolás “Il diritto civile tra passato e futuro”, Riv. Dir. Civile, 2021, pág. 334.

²¹ GUIBOURG, Ricardo “¿Fundamento de los derechos humanos?”, en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2010, pág. 129 y ss.

²² ANCEL, Pascal “L’indisponibilité des droits de la personnalité : une approche critique de la théorie des droits de la personnalité (sous la direction de Gérard Couturier) These, 1978, n. 5, pág. 7, exponiendo una crítica a la técnica del derecho subjetivo para estos bienes de la persona.

²³ FABRE MAGNAN, Muriel en Revue Droits, 2008, Paris, N°48, cit. pág. 42; “¿Los derechos del hombre no correrían el riesgo de vaciarse de su substancia si el consentimiento fuera suficiente para dispensar su carácter imperativo?

que el sistema jurídico preserve a la persona aun *de sí mismo y de sus propias decisiones* en cuanto comprometan a la dignidad humana²⁴.

h.- Que sería incoherente que en un derecho subjetivo el sujeto titular sea, al mismo tiempo, el objeto de la situación jurídica subjetiva²⁵.

i.- Que encasillar a los bienes existenciales en la estructura del derecho subjetivo (cuya esencia es la "*facultad de disponer*"²⁶) deriva en el entrelazamiento de estos bienes con la *autonomía privada*²⁷, tornando factible no ya el "acto de autorización unilateral" (que siempre es revocable según el artículo 55 del CCyC), sino a una peligrosa *contractualización* de los derechos personalísimos que de este modo quedan expuestos a reglas que son propias de los bienes del mercado (artículo 959 CCyC)²⁸.

Como quiera que se sea, como ya se dijo, y al margen de la importancia de muchos de estos cuestionamientos, particularmente en el nuevo contexto digital²⁹, la doctrina de los derechos (subjetivos) personalísimos terminó por imponerse.

III.- ¿La tecnología digital es instrumentalista o determinista?

En paralelo a este debate jurídico, la *tecnociencia* también asiste a un inquietante debate sobre su incidencia en el cambio social. Un debate que interesó primero a la sociología³⁰, luego a la teoría jurídica³¹ y que ahora, involucra directamente a gran parte de los derechos personalísimos.

Por supuesto que no se trata de una cuestión retórica. Por el contrario, se trata de un debate extremadamente importante para la teoría de los derechos personalísimos y en particular para el destino del *derecho a los datos personales*, dado el

²⁴ FELDMAN, Jean Philippe "Faut-il protéger l'homme contre lui meme? En Revue Droits, Puf, Paris, 2009, pág.89.

²⁵ Con amplias y valiosas consideraciones: CICALA, Francesco "Il rapporto giuridico", Giuffré, Milano, 1959, pág.455 y ss.

²⁶ PUGLIATTI, Salvatore "Il trasferimento delle situazioni soggettive", Milano, 164, pág. 72.

²⁷ El vínculo entre autonomía privada y derechos personalísimos es estudiado por: NICOLAU, Noemí "El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos" en "Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje a Santos Cifuentes, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 47; DE LORENZO, Miguel F. "El negocio jurídico (crisis y fragmentación de una categoría)", en prensa, Buenos Aires, 2023; NICOLUSSI, Andrea "Autonomía privada e diritti della persona", en Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffré, pág. 133 y ss.; Importantes reflexiones sobre un preocupante cuadro en: TOBIAS, José "Tatuajes y "piercings": entre la autodeterminación y la salud" en La Ley, t. 2022-F págs. 1-4.

²⁸ DE LORENZO, Miguel Federico "El acto jurídico extrapatrimonial", en Liber Amicorum Marcos Córdoba, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2016, tomo III, pág. 101 y ss. A tal punto se da esta contractualización que el propio codificador se ha debido ocupar del tema estableciendo que, cuando el contrato tenga por objeto derechos sobre el cuerpo humano, se aplican los artículos 17 y 56 del código civil y comercial (art. 1004 CCyC). Véase: UBERTAZZI, Tommaso "Ripensando alla revoca del consenso nella prospettiva funzionale della privacy", en Contratto e Impresa, 2022, pág. 27 y ss.

²⁹ RESTA, Giorgio "Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale" en "F. CAGGIA - G. RESTA (a cura di), I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato, Roma, 2019, p. 117 y ss.

³⁰ MOROZOV, Evgeny "La locura del solucionismo tecnológico", Buenos Aires, 2016.

³¹ Pioneros los trabajos de: LAQUIS, Manuel "El derecho frente a las nuevas tecnologías", en "El Derecho y las nuevas tecnologías", Separata de la Revista del derecho industrial, n. 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 543 y ss.; y de COTTA, Sergio "El desafío tecnológico", Eudeba, Bs.As. 1968 (del italiano por Viggiolo de More); ALTERINI, Atilio A. "Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes", en La Ley 2007-F. pp. 891; del mismo autor: "Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces", La Ley 2007-F. pág. 1338; RODOTA, Stefano "Il Diritto di avere diritti", Laterza, Bari, 2012.

eslabonamiento que existe entre el “inevitable” uso de las plataformas digitales en la actual *cultura de la conectividad*³² y el destino de datos personales de los usuarios y consumidores que, a esta altura, es casi la totalidad de la población.

No es este el lugar para extenderme sobre este debate, pero una síntesis puede contribuir a comprender su vínculo con la tesis que sustento.

En líneas generales se podría decir que el impacto de las nuevas tecnologías ha dado lugar a dos posturas sociológicas antagónicas.

Por un lado, se hallan los “*instrumentalistas*”, que son aquellos que minimizan el poder de la tecnología, en la creencia de que las herramientas son artefactos neutrales, totalmente subordinados a los deseos conscientes de sus usuarios. Nuestros instrumentos – se sostiene – son los medios que usamos para lograr nuestros fines, y como tales, carecen de fines propios.

La tecnología, según este punto de vista, no sería otra cosa que una “herramienta” al servicio del hombre que éste *domina* según sus preferencias y necesidades.

En el otro extremo del espectro se encuentra el “*determinismo tecnológico*”³³. El padre de esta teoría fue Thorstein Veblen, a principios del siglo XX.

Los deterministas consideran, básicamente, que el desarrollo tecnológico condiciona, como ningún otro elemento singular, el cambio y la estructura sociales. Dicho de otra forma, que la fuente más importante de cambios sociales, a lo largo de la historia, son las innovaciones tecnológicas. Ciertas tecnologías acaban afectando, según este punto de vista, a todos los ámbitos sociales: las instituciones, las formas de interacción, e incluso al mismo sistema jurídico que termina “*supeditándose*” a los resultados de la tecnología.

La perspectiva determinista se caracteriza por considerar la relación entre tecnología y sociedad como unidireccional: mientras que la evolución de la sociedad (en sus aspectos económicos, políticos o culturales) es consecuencia del desarrollo tecnológico —está, pues, determinada por él— la tecnología sigue un curso particular de acuerdo con sus propias leyes.

La tecnología intelectual, dice Nicholas Carr a propósito del enfoque determinista, cuando alcanza un nivel generalizado, a menudo fomenta nuevas formas de pensar. Incluso *nuevas necesidades*³⁴.

La controversia entre deterministas e instrumentalistas, que representa los enfoques sobre la relación entre la tecnología y la sociedad, probablemente nunca se resolverá, pero, definitivamente, es esclarecedor al menos por dos razones.

La primera de ellas es que, al margen de si se acepta o no la teoría del determinismo tecnológico, lo que está comprobado es que *la tecnología digital condiciona, cada día más, nuestros hábitos y nuestras necesidades*³⁵. Las plataformas digitales, por dar un ejemplo, han dejado de comportarse como meras herramientas o instrumentos “pasivos” que se emplean para realizar tareas a gusto y antojo del que las usa y han

³² Sobre lo cual: VAN DIJCK, Johana José “La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

³³ Ampliamente: OSORIO MARULANDA Carlos, “El determinismo tecnológico: una reflexión crítica desde la teoría de los sistemas tecnológicos”, Departamento de Filosofía, Universidad de Oviedo, 2007.

³⁴ “Superficiales”, Taurus, Madrid, 2010, pág. 66.

³⁵ Vale señalar que solo se señala un condicionamiento cultural que sugiere un giro en la política legislativa sobre el tema del consentimiento para el tratamiento de datos y que, por lo tanto, no vinculo esta tesis, en lo concreto, con la teoría de destacados juristas argentinos (Chamatropulos, Shina, Sobrino, entre otros) que han hecho un uso fecundo del análisis de las neurociencias para indagar sobre la “racionalidad” de la decisión contractual.

pasado a ostentar el poder de una estructura necesaria e inevitable para relacionarse social, económica y *jurídicamente*.

Ya nadie puede prescindir del uso de “Google”, de “WhatsApp”, de “Gmail”, de “Instagram”, de Facebook, o de los “Smartphone” para relacionarse social o económicamente.

De este modo, la actual tecnología digital actuaría de manera muy sutil pero terminante: básicamente condicionando nuestros hábitos a un complejo entramado tecnológico. La segunda razón es aún más decisiva. Si la tecnología, en vez de actuar como “mero instrumento”, condiciona – como mínimo – los hábitos, generando una dependencia, se advierte el peligro inminente de que la tecnología digital se convierta en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad.

Hoy el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, *y más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica*. Tanto ello es así, que se ha vuelto contracultural elegir un estilo de vida con objetivos que puedan ser al menos en parte independientes de la tecnología digital (“*hereje digital*”) de sus costos y de su poder globalizador y masificador³⁶.

A tal punto llega este condicionamiento³⁷, que se ha podido afirmar, desde el plano del psicoanálisis, que la *tecnología digital* se encamina a concretar – nada menos – que una dominancia de la *subjetividad*³⁸.

Básicamente, algo ya presente en la profecía de Stewart Brand, cuando decía: “intentar cambiar la mente de las personas es una pérdida de tiempo. Cambia las herramientas que utilizan y cambiarás el mundo”³⁹.

IV.- La irrupción de las nuevas tecnologías en la teoría jurídica

Yendo ahora al centro de la tesis, se podría decir que la tecnología digital, a diferencia de cuanto habíamos conocido, opera sobre dos postulados.

a.- El primero de ellos es que no solo condiciona nuestros hábitos, sino que está pensada – especialmente a través de la IA – para construir su poder *sobre la base de nuestros datos personales*.

Las plataformas digitales utilizan los datos de los usuarios para influir en el tráfico y monetizar flujos de información. Como dice una reconocida jurista, en este ecosistema digital, la información asociada al *big data* se “datifica” convirtiendo a los datos que circulan en la red en un activo o capital al servicio de las grandes empresas del sector, poniendo en crisis el derecho a la privacidad y la autodeterminación informativa que lo integra⁴⁰.

Con diez “me gusta” que das en Facebook, dice Martin Hilbert, la inteligencia artificial te conoce mejor que tus colegas de trabajo; con 100, mejor que tu familia; con 150, mejor que tu pareja y tu mamá; y con 200, mejor que tú mismo⁴¹.

³⁶ MOROZOV, Evgeny “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016, pág. 15.

³⁷ TWIGG FLESNER, Christian “Disruptive Technology - Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law” en A. De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market (Intersentia, 2016), pág. 1 y ss.

³⁸ ALEMAN, Jorge en diario Perfil del 11 de junio de 2021; GUREVICH, Ariel “La vida digital. Intersubjetividad en tiempos de plataformas sociales”, La Crujía, 2021.

³⁹ Cit. por BARICCO, Alessandro “The game”, Gribaudo, 2021, pág. 8.

⁴⁰ FRUSTAGLI, Sandra A. “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, en RCCyC 2021 (diciembre), 5.

⁴¹ Diario La Nación del 20-6-2021.

Los “me gusta” no son sólo termómetros de deseo, sino también generadores de potenciales tendencias de consumo.

Los “Smart contracts”, por dar otro ejemplo, están en condiciones de gestionar, por sí mismos, el riesgo contractual, y pueden hacerlo, con una asimetría nunca antes conocida; no solo porque el proveedor conoce todo sobre lo que oferta, sino porque además conoce todo de su contratante, incluso – y este es el punto – paradójicamente, ¡más de cuanto este sabe de sí mismo! gracias a los “datos personales” con los que cuenta para “perfilar” al cocontratante⁴².

b.- El segundo postulado es que, conceptualmente, las plataformas digitales no niegan nuestra libertad, sino que, conscientes del condicionamiento que imponen, nos consultan previamente sobre nuestra conformidad para acceder a nuestros datos personales⁴³.

La etiqueta “no haremos nada sin tu conformidad” o “para nosotros (Instagram) es importante que sepas controlar tu privacidad”, son una constante en las plataformas tanto nacionales como globales.

Pero este alarde de libertad y consentimiento, que a primera vista luce como positivo, resulta cuanto menos paradójico en un contexto en el cual la elección resulta forzada⁴⁴. En efecto, alguna vez, la preocupación radicaba en el temor a que las reglas sobre el tratamiento de datos que se hacía en la página web no fueran suficientemente conocido o debidamente entendido por el usuario⁴⁵. Actualmente, aun si esa hipótesis subsiste, la preocupación es (o debería ser) otra: que *el usuario no puede negarse a consentir* sencillamente porque no puede prescindir del servicio a través del cual despliega, ya condicionado, sus vínculos sociales y económicos.

Necesitado el usuario no sólo de celebrar un “contrato necesario”⁴⁶ sino además a *aceptar* las condiciones que le impone la plataforma digital sobre el uso de sus datos personales y de las “cookies” para poder acceder al servicio, *el consentimiento del titular se convierte en un instrumento endeble para ser el eje del tratamiento de los datos personales*.

Bajo estas condiciones, el consentimiento no es más que una manera de crear la ilusión de la libertad a través de la “yema de los dedos” que se desplaza presurosa sobre la pantalla para presionar el botón aceptar y poder continuar en la página Web⁴⁷.

Desde el momento en que las plataformas digitales se convirtieron en indispensables, en cuanto necesarias para poder participar de lleno en nuestra sociedad, *ya no hay posibilidad de excluirnos de forma voluntaria de la recopilación de datos*. Más aún, el sujeto moderno, tecnológicamente condicionado, ya ni siquiera es consciente⁴⁸ de que, al aceptar, ingresa en un verdadero contrato “oneroso” (art.

⁴² DE LORENZO, Miguel F. “Repensar al otro (Reflexiones sobre el Derecho Civil), en Jurisprudencia Argentina, 2019-II, pág. 3.

⁴³ BYUNG CHUL Han, “Capitalismo y pulsión”, Barcelona, Herder, pág.5.

⁴⁴ Sobre la problemática del acto decisonal: VON WRIGHT Georg “La lógica de la preferencia”, (del inglés por Roberto Vernengo y Eugenio Bulyguin), Buenos Aires, Eudeba, 1967; SALECL, Renata “La tiranía de la elección”, (traducción de De Nápoli), Buenos Aires, Godot, 2022.

⁴⁵ SCHWARTZ Paul - SOLOVE, Daniel “Notice and choice: implications for digital marketing to youth”, 2009, pág. 2.

⁴⁶ Era la expresión sobre los contratos impuestos de MASNATTA, Héctor “El contrato necesario”, Buenos Aires, Abeledo, 1964.

⁴⁷ BYUNG CHUL Han “Infocracia”, Buenos Aires, Taurus, 2022, pág. 20.

⁴⁸ BYUNG CHUL Han, “No cosas”, Buenos Aires, Taurus, 2021, pág. 41.

959 del CCyC), en el cual, a cambio del servicio que le ofrece la plataforma *entrega como contraprestación sus propios datos personales!*⁴⁹

“Datos personales” suena demasiado abstracto. Y esta es una abstracción muy oportuna para los que mercantilizan los datos. De lo que estamos hablando, en realidad, es de un derecho personalísimo, quizás, el más envolvente de nuestra esencia humana⁵⁰ porque representa nuestras esperanzas y miedos, nuestros historiales médicos, nuestras conversaciones más privadas, nuestras amistades, nuestros más oscuros remordimientos, nuestros traumas, nuestras alegrías, de cómo suena nuestra voz y de cómo nos late nuestro corazón.

V.-El problema del “consentimiento” como eje del tratamiento de datos personales
Sobre la base de las precedentes consideraciones, se advierte que la protección de los datos personales sobre la base del “*consentimiento*” del interesado (art. 5 y 11 de la Ley 25.326), a la luz de los actuales condicionamientos producidos por el uso extendido de la tecnología digital, resulta un *instrumento insuficiente* para una protección adecuada del derecho personalísimo en cuestión⁵¹.

Va de suyo, y casi no resulta necesario aclararlo, nadie pone en duda la conveniencia de estar debidamente informado, ni de la utilidad de la recolección de datos cuando se halla justificada. De lo que se trata es de preservar los datos personales, de cuidar el derecho a la intimidad y de poner al resguardo el derecho a no ser arbitrariamente discriminado⁵².

Hoy, cuando todo da a entender que, por el poder de las plataformas digitales⁵³ asistimos, si no a un determinismo, cuanto menos a un “*sonambulismo tecnológico*”⁵⁴; cuando para aceptar el tratamiento de los datos basta con un “clic” mientras que para “rechazarlo” se requiere de mucha paciencia y esfuerzo. Cuando, como se sabe, *en las plataformas digitales nada se negocia*, porque todo es “*adhesión*”⁵⁵, *dejar al derecho personalísimo de los datos personales en las manos del asentimiento del consumidor* constituye una técnica sólo aparente de protección⁵⁶.

⁴⁹ Interesantes consideraciones en: RICCIUTO Vincenzo “Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali”, en Rivista di Diritto Civile, 2020, pág. 642 y ss.

⁵⁰ CIFUENTES, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalizado”, Jurisprudencia Argentina, del 13/10/1999.

⁵¹ Cuestión diversa es, por supuesto, el tratamiento del consentimiento en materia de responsabilidad civil. Al respecto, el documentado trabajo de: MARQUEZ, Fernando “El consentimiento del damnificado como eximente de responsabilidad (Análisis del art. 1720 del Código Civil y Comercial)” en La Ley 2022-D, 297

⁵² Recientemente en Italia se aprobó la ley del “olvido oncológico” destinada a evitar discriminaciones, etc. sobre los pacientes (véase: “Diritto all’oblio oncologico: via libera della Camera alla legge per la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche”, <https://www.dimt.it/>)

⁵³ ALPA, Guido “On Contractual Power of Digital Platforms”, European Business Law Review (2023), pág. 377.

⁵⁴ Imprescindible: WINNER, Langdon “La ballena y el reactor. Una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología”, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 43.

⁵⁵ GENTILI, Aurelio “La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti della persona”, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2022, pág. 701 y ss.

⁵⁶ GALLI, Federico “La pubblicità mirata al tempo dell’intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei contratti”, en Contratto e Impresa, 2022, pág. 931 Pero ya, anticipadamente: PATTI, Salvatore “Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali”, en Rivista di Diritto Civile, 1999, pág.467; WARNER, Richard – SLOAN, Robert “Beyond Notice and choice: privacy, norms and consent”, en High Tech L. (2013) RESTA Giorgio, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo “Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete”, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2018, págs. 411 y ss.

VI.- Recuperar la tutela a través del derecho objetivo

Con este escenario por delante, caracterizado por *nuevos riesgos tecnológicos* (v.g. la inteligencia artificial), renace, a mi modo de ver, la importancia del señero debate mencionado al inicio y, en particular, las precisiones de Orgaz⁵⁷.

Por supuesto, no ya a través de la discusión sobre la naturaleza de la situación jurídica respectiva, que hoy ya se encuentra consolidada en favor de la categoría del derecho subjetivo. Pero sí, sobre los ejes de una tutela efectiva de cara a una nueva ley que necesariamente se requiere en la materia, y en especial sobre la oportunidad de introducir reglas objetivas e imperativas sobre el tratamiento de los datos, en especial sobre la circulación y los usos “secundarios” que se hacen de ellos⁵⁸.

Ya no resulta suficiente contentarse para determinar la licitud del tratamiento de datos personales – como en el pasado reciente – con que el titular hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado (art. 5 ley 25.326). En las actuales condiciones de dependencia con la tecnología digital, este requisito se da por descontado.

Se impone por lo tanto otras exigencias. No sería descabellado establecer la inadmisibilidad del consentimiento bajo la condición de pérdida de un servicio⁵⁹; o que resulte inadmisibles la exigencia de datos personales *no vinculados a la finalidad del contrato* y/o a la ejecución de las prestaciones respectivas, y así sucesivamente.

VII.- La metáfora de George Orwell y la tutela objetiva de los datos personales

George Orwell escribió que “si la mayoría de la gente está interesada en la libertad de expresión, habrá libertad de expresión, incluso si las leyes la persiguen”. Sin retorcer sus palabras, se puede extraer la conclusión inversa: si la mayoría de la gente deja de estar interesada en la libertad de expresión, dejará de haber libertad de expresión, incluso aunque las leyes la permitan.

La metáfora puede y debe extenderse al derecho personalísimo a los datos personales. No habrá intimidad si las personas dejan de valorar a sus datos personales⁶⁰. Pero menos aun si el sistema acompaña legitimando el abandono.

Los usuarios de la tecnología suelen ser ajenos a su ética. Por lo general están concentrados en los beneficios prácticos. Cualquiera que haya usado internet alguna vez habrá comprobado que frente a la premura o necesidad de acceder a una determinada información termina autorizando la recolección de su información personal sin saber sobre el verdadero impacto de ello. La opción por defecto debería ser, por lo tanto, la no recopilación de datos o la recolección *mínima y necesaria* lo

⁵⁷ Conf. Recientemente: LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en «Les métamorphoses du droit des personnes», sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 244.

⁵⁸ CAGGIA, Fausto “Libertá ed espressione del consenso”, en “I dati personali nel diritto europeo” al cuidado de CUFFARO, Vincenzo y RICCIUTO, Vincenzo, Giappichelli, 2019, pág. 251. Véase también el interesante trabajo de AZAR, Aldo “La obligación de seguridad por indemnidad de datos personales, imagen, intimidad, identidad y privacidad” en La Ley 2022-D-432.

⁵⁹ RUIZ MARTINEZ, Esteban “La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible), en El Derecho, tomo 284.

⁶⁰ Genera fundadas controversias por cierto que la empresa del dueño de ChatGPT ofrezca en nuestro país dinero a cambio de “escanear tu retina” y que más de dos millones de personas en el mundo ya realizaron el intercambio; mientras que, en la Argentina, el número asciende a 200.000 en solo pocos días (La Nación, 4 de agosto de 2023).

que garantizaría un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la intimidad personal.

VIII.- Los datos personales como derecho “transpersonal”

Por último, pero no menos importante, cabe señalar que *la privacidad, ya no es una mera cuestión individual* como lo era en el pasado reciente cuando no existía la IA ni el desarrollo digital que existe hoy⁶¹. Cuando se dice que tus datos son “personales” parece que se esté dando a entender que solo el titular es la única parte que interesa a la hora de compartirlos. Pero ese es un error de concepto. El derecho a los datos personales es un derecho *transpersonal*, porque el interés tutelado no solo responde a una necesidad individual sino también de índole social.

La privacidad, los datos personales de un grupo o de una sociedad es tan colectiva como personal. Como el desastre de Cambridge Analytica ha demostrado, cuando se expone la privacidad, todos estamos en peligro⁶².

De hecho, para que no haya dudas sobre lo que quiero expresar, ya existe un uso político de los datos personales⁶³.

La defensa de la persona humana, en tiempos de la IA, de la recolección, circulación y usos secundarios de los datos personales, ha dejado de ser una cuestión *estrictamente individual*, entre otras razones porque se presentan nuevas amenazas *colectivas* a los derechos fundamentales a través del uso de los algoritmos con fines discriminatorios o políticos⁶⁴.

No se trata de despojar a la persona del derecho subjetivo a los datos personales, lo que sería regresivo, sino de contemplar también técnicas para una *macro protección* objetiva en resguardo del interés general. Una cosa no excluye la otra.

La tutela de la dignidad de la persona – se ha dicho con sobrada razón – debe constituir una obsesión para quienes profesan una concepción humanista del derecho y de la vida; concepción que exige que el derecho, la economía y el Estado estén al servicio de los valores superiores del hombre y no a la inversa⁶⁵.

Urge por lo tanto que los civilistas posemos la mirada en el paradigma tecnológico, principalmente allí donde este paradigma “coloniza” primero y confronta después a los derechos personalísimos, recordando que, como decía Luigi Mengoni⁶⁶, la

⁶¹ LOISEAU, Grégoire “La personne et le numérique», en « Les métamorphoses du droit des personnes”, sous la direction de Teyssié, Lexis Nexis, Paris, 2023, pág. 253.

⁶² VELIZ, Carissa “Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital”, Madrid, Debate, 2021.

⁶³ ZUBOFF Shoshana “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paídos, Buenos Aires, 2021.

⁶⁴ Cuestiones expresamente advertidas en el considerando 23) del precedente “Denegri” de la CSJN, publicado en Fallos: 345:482: “Es así que el presente pronunciamiento no implica desconocer que el creciente uso de herramientas de tecnología informática y, en particular, de sistemas que podrían incluirse dentro de la categoría “Inteligencia Artificial” (IA), suscita numerosos interrogantes respecto de su campo de aplicación a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público. Aun cuando el tema no haya sido objeto de debate en la presente causa, cabe destacar la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos”.

⁶⁵ PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo “Tratado de Responsabilidad Civil”, Buenos Aires, Rubinzal, 2018, tomo III, pág. 148.

⁶⁶ “Diritto e tecnica”, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2001, pág. 7.

tecnología, por su naturaleza, no cuenta por sí misma con la capacidad para elegir un fin. *Esta tarea le pertenece, siempre, al Derecho.*

Consentimiento informado para actos médicos

Por Beatriz María Junyent Bas¹ y Sebastián Sandoval Junyent²

Sumario: I.- Introducción. II.- Nociones conceptuales de consentimiento informado. Bases que lo sustentan. Legislación aplicable. III.- El Consentimiento Informado emitido por personas menores de edad: régimen aplicable. Principios Constitucionales y supranacionales que lo sustentan. IV.- Negativa al Tratamiento. Jurisprudencia. V.- El consentimiento informado de pacientes en estado vegetativo. Muerte digna. Marco normativo. Crítica. V.1.- Aspectos médico legales del estado vegetativo. V.2.- El Estado Vegetativo en la legislación. V.3.- ¿Quién suscribe el consentimiento informado del paciente en estado vegetativo? VI- Aproximación a una perspectiva bioética. VII.- Conclusiones. VIII.- Bibliografía.

Resumen: Se advierten dificultades en la emisión del Consentimiento Informado para actos médicos tanto en las condiciones para su validez como en la eficacia del mismo. Por ello, nos proponemos analizar su marco conceptual y la legislación aplicable, teniendo como punto de partida las personas en situación de vulnerabilidad, tales como los menores de edad y aquellas personas que no están capacitados para ejercer sus derechos por estar en estado vegetativo. Pondremos énfasis en los problemas que se suscitan y daremos nuestra opinión crítica al respecto.

Abstract: Difficulties are noted in the issuance of Informed Consent for medical acts, both in the conditions for its validity and in its effectiveness. Therefore, we propose to analyze its conceptual framework and the applicable legislation, taking as a starting point people in vulnerable situations, such as minors and those who are not capable of exercising their rights for being in a vegetative state. We will emphasize the problems that arise and give our critical opinion on the matter.

I.- Introducción

El Consentimiento Informado para actos médicos implica la disposición de derechos personalísimos, en

¹ Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Titular Derecho Privado I B Facultad de Derecho UNC. Profesora Adjunta Derecho Privado VII Facultad de Derecho UNC

² Abogado, Magister en Derecho Empresario UES21, Maestrando en Gerencia y Administración de Servicios de Salud, UNC, Investigador de la Sala de Derecho a la Salud de la UBP, Miembro del Comité de Bioética del Hospital Infantil de la Municipalidad de Córdoba.

Palabras clave:

Consentimiento informado - información médica - salud - menor de edad - estado vegetativo.

Keywords: Informed consent - medical information - health - minor - vegetative state.

especial el derecho a la disposición del propio cuerpo. Por lo tanto, como lo dispone el artículo 55 del CCCN “sólo es admitido si no es contrario la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”³

Centraremos nuestra atención especialmente en la disposición de estos derechos para actos médicos, en menores y pacientes en estado vegetativo, a quienes consideramos vulnerables. Respecto de éstos, se presentan en la actualidad conflictos bioéticos importantes. Trataremos de reflejar la realidad actual de la manera más objetiva posible.

II.-Nociones conceptuales de Consentimiento Informado. Bases que lo sustentan. Legislación aplicable

Existe un cambio de paradigma en la relación médico-paciente que se ve manifiestamente en el articulado del nuevo código civil y comercial, pues el punto de partida es el paciente y es quien tiene el control de su vida y su muerte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “El consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”.⁴

El Consentimiento Informado es un “proceso” que se inicia cuando el paciente ingresa al consultorio médico, contexto a partir del cual nace el deber de información por parte del médico sobre todo lo que concierne al estado de salud del paciente: diagnóstico, terapéuticas existentes y la o las que se le proponen con sus ventajas y desventajas, los objetivos perseguidos, los beneficios que se esperan lograr, el pronóstico de salud, los riesgos y efectos adversos a los que se expone admitiendo o no ese tratamiento.

La doctrina del consentimiento informado hunde sus raíces en el reconocimiento Constitucional, Supranacional y ahora en el derecho Privado a través de la regulación de los Derechos Personalísimos, en especial, el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo, la autonomía de la voluntad y la libertad. Por eso es inaceptable la utilización de formularios idénticos para todos los pacientes que se hacen firmar cinco minutos antes de una cirugía.

Una vez que el paciente cuente con toda la información especificada en el artículo 59 del CCCN, estará en condiciones de manifestar libremente su voluntad, pudiendo (o no) declarar expresamente la decisión de someterse (o no), al tratamiento propuesto. De tal manera, el Consentimiento informado, es la declaración de voluntad expresada por escrito del paciente, como resultado de un análisis previo que el mismo realiza con toda la información que ha recibido del facultativo.⁵

El problema es que tanto el art. 59 CCCN como el art. 5 de la ley 26.529 (Ley de Derechos de los pacientes) determinan el “qué” pero no el “cómo” debe ser brindada esta información.

³ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 55, Edit Zavalía, Buenos Aires 2014.

⁴ CIDH, caso “I. V. vs. Bolivia, noviembre 2016.

⁵ BEATRIZ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, *Derechos y Actos Personalísimos*, en Código Civil y Comercial de la Nación, comentado. Anotado. Tomo 2-A Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Edit Hammurabi- Buenos Aires, 2020, pág. 221.

El art. 7 de la ley 26529 dice que el consentimiento será verbal salvo en casos de Internación, Intervención quirúrgica, Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; y en los casos de Revocación.

El artículo 59 del CCCN establece que el Consentimiento Informado es la manifestación de voluntad expresada por el paciente, luego de recibir la información que detalla en su articulado.⁶

No hace alusión a cuánto tiempo antes de la intervención o tratamiento debe ser brindada la información correspondiente, para que el paciente pueda hacer interconsultas con otros profesionales; pensar acerca de lo que quiere para sí mismo, qué es lo mejor para su salud, etc, antes de tomar la decisión.

Por ejemplo, si el paciente tiene cáncer en un órgano determinado, el médico le propone cirugía, pero a la vez le instruye sobre otros procedimientos alternativos como rayos, vigilancia activa a través de estudios periódicos, quimioterapia, etc. De tal manera que el paciente tiene el tiempo suficiente para pensar qué es lo que prefiere y luego decide.

Por otra parte, la información debe ser emitida en un lenguaje claro, entendible para el paciente según su nivel social y cultural, según su edad, etc (art. 3 Ley 26.529)⁷

En principio, salvo las excepciones previstas en el art. 9 ley 26529, el médico no puede efectuar ningún tratamiento sin el consentimiento del paciente. El fundamento

⁶ Artículo 59 Código Civil y Comercial de la Nación: “Art. 59. *Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.* El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimientos desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible e incurable;
- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

⁷ Ley 26259 BOE 19/11/2009.

de esa premisa se encuentra en la libertad personal, autonomía, dignidad y el derecho a la disposición del propio cuerpo. Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido, surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

Hoy en día, esa dignidad y libertad resultan indiscutibles, son fundamento en todo ordenamiento y su reconocimiento está expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado es la expresión de la libre autodeterminación de todo ciudadano⁸.

La jurisprudencia tiene dicho que “el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos humanos amparados, y además aquel derecho encuentra adecuada tutela en los modernos ordenamientos constitucionales y en los instrumentos regionales y universales en materia de Derechos Humanos ahora con rango constitucional en nuestro país”.⁹

Se ha dicho que “el consentimiento informado debe emanar del enfermo, si es una persona capaz y está en condiciones de manifestar su voluntad. Es el propio paciente quien debe personalmente emitir la declaración de voluntad que se plasma en el consentimiento informado. En tanto esté en condiciones de hacerlo, auxiliado cuando sea necesario por los apoyos que necesite (arts 43 y 59) ninguna otra persona podrá tener injerencia en el tema. En ningún sentido. Salvo, claro está previsión normativa en contrario.”¹⁰

El tema cobra mayor relevancia, cuando tratamos el consentimiento informado de los menores, las directivas anticipadas, la muerte digna.

III.- El Consentimiento Informado emitido por personas menores de edad: régimen aplicable. Principios Constitucionales y supranacionales que lo sustentan

Es importante tener en cuenta que cuando se trata de menores, debe obrarse con mucho cuidado en la información y posterior declaración de voluntad del paciente, ya que el consentimiento debe ser prestado previo escuchar la opinión del menor y con asistencia de los progenitores, siguiendo las normas específicas. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

Pero no podemos dejar de recordar, que el artículo 26 del CCCN dispone que “se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos. Dice expresamente:

- 1) La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

⁹ Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal, autos “J.D. c/ Obra Social Superco s/ Amparo de Salud, 20 de febrero 2020, Diario Judicial, 9 de marzo de 2020. Edición 5954.

¹⁰ PIZARRO Ramon Daniel- VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Manual de Responsabilidad Civil*, Edit Rubinzal Culzoni, 2020, Tomo II, pág.123.

- 2) No obstante, el que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí, los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.
- 3) La persona tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.
- 4) Se presume que el adolescente entre 13 y 16 años, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud, o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
- 5) Si se trata de tratamientos invasivos, o que comprometen su estado de salud, o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de los progenitores. El conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta el interés superior del menor, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.
- 6) A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo.

Este artículo plasma los principios de autonomía progresiva y autodeterminación receptados ya en el Derecho supranacional.

De la mencionada norma se desprenden dos requisitos: edad y grado de madurez suficiente para permitirle ejercer por sí el consentimiento informado para determinados actos médicos que no comprometan su estado de salud, ni pongan en riesgo grave su vida o integridad física.

La edad es un elemento objetivo: mayor de 13 años. El grado de madurez suficiente es un elemento subjetivo que depende de cada niño o adolescente, de su carácter, de su condición socio cultural, y posiblemente otras variables.

En nuestra opinión, es un concepto demasiado abierto y dejado a la discrecionalidad del juez que es el único que puede determinar si tiene madurez suficiente, previa pericia médica o psicológica o dictamen del comité de Bioética.

Por otra parte, también se ha discutido acerca de qué son métodos invasivos y cuáles no. Al respecto, el Ministerio de Salud de la Nación con fecha 9/12/2015 emitió la Resolución 65/2015¹¹, a través de la cual se interpreta la presunción de autonomía de los adolescentes del art 26 estableciendo que “el criterio de invasividad utilizado en el art 26 CCC debe leerse como tratamiento de gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud. Agrega que “las practicas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una posibilidad considerable, alta de riesgo o que generen secuelas físicas.”¹² Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas, etc...

Cuando habla de progenitores, debe ser interpretado como cualquier allegado o referente afectivo que podría acompañar al adolescente en su consentimiento informado.

¹¹ BOE 8/1/2015.

¹² Ministerio de Salud de la Nación 9/12/2015.

Bajo el título: “Aplicación del artículo 26 CCCN. Prácticas de salud sexual y salud Reproductiva”, el Ministerio considera que todos los métodos anticonceptivos transitorios en particular, incluyendo implantes y dispositivos intrauterinos (diu) no son prácticas invasivas que comprometan el estado de salud en los términos del artículo 26 CCCN.

Ello implica que desde los 13 años (salvo que fuera de aplicación una norma especial que otorgase mejor derecho) las personas pueden acceder a métodos anticonceptivos transitorios en forma autónoma como también a diagnóstico de VIH y test de embarazo.

Así se ha expresado textualmente: “El principio de autonomía progresiva constituye una manda constitucional-convencional y, como tal parte de los cimientos de cualquier regulación que comprometa derechos humanos de NA. Esta obligación ha calado hondo en el ordenamiento jurídico nacional, siendo el Código Civil y Comercial un claro exponente de esta ineludible interacción a tal punto que este principio ocupa un lugar central en el protagonismo jurídico – civil de las personas menores de edad- en especial, de los adolescentes- con fuerte incidencia en el campo de las relaciones entre los progenitores e hijxs, en lo atinente al ejercicio de los derechos personalísimos”¹³

De cualquier manera, sigue existiendo el debate sobre los términos e implicancias de la interpretación de qué son procedimientos invasivos.

Podríamos preguntarnos si la vasectomía es un procedimiento invasivo o no. Por la implicancia que ese procedimiento tiene, consideramos que se trata de un procedimiento invasivo y el menor debiera hacerlo con el consentimiento de sus padres. De igual manera la colocación de prótesis mamarias, que pueden comprometer gravemente la salud del menor.

IV.- Negativa al Tratamiento. Jurisprudencia

Otro tema importante, es la negativa al tratamiento, ya que se ha manifestado que quien tiene derecho a decir “sí” a la realización de un tratamiento, puede también negarse.

Un fallo que sentó jurisprudencia en este sentido, es el de los testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas. En este sentido se ha resuelto que “ante la solicitud de autorización formulada por el representante legal del sanatorio en el que se encuentra internado en grave estado un niño de trece años, que padece leucemia linfoblástica aguda, con altísimo riesgo de vida, y cuyos padres, en virtud del credo que profesan (Testigos de Jehová), se oponen a realizar a su hijo una transfusión de sangre, se ordena como medida *autosatisfactiva* autorizar al cuerpo médico del sanatorio la inmediata transfusión de plaquetas y glóbulos rojos al niño, haciendo extensiva la orden a futuras transfusiones en caso de resultar necesarias según prescripción médica hasta que su estado de salud se encuentre fuera de peligro. Se aclara que la orden médica indica la urgente y absoluta transfusión de plaquetas y glóbulos rojos con altas probabilidades de necesitar reiteradas transfusiones. Ante estas circunstancias el Estado puede y debe inmiscuirse en la vida privada de estos progenitores, priorizando la ciencia por sobre la conciencia, cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de su hijo menor, más allá del credo religioso en virtud

¹³ HERRERA, Marisa, *Autonomía Progresiva y derecho a la salud de los adolescentes. Un cruce en disputa*, en LA LEY19/6/2019. Cita Online AR/DOC/1803/2019.

de la cual se intente justificar el hecho, y aun cuando pretendan hacerse prevalecer los atributos de la patria potestad, dado que ésta es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos, siendo contrario a los fines de la institución prevalecerse de ella para impedir que el niño, sujeto a su imperio, reciba un tratamiento médico adecuado, máxime cuando está un juego su vida (arts. 4 y 14, Ley 26061).¹⁴

En el mismo sentido, se autorizó a una menor a realizarse un trasplante de médula ósea ya que su madre se oponía por ser testigo de Jehová. En este fallo se dijo que “la falta de consentimiento informado de su madre por motivos religiosos no sería obstáculo dado que la adolescente goza de la presunción de autonomía conforme al art 26 CCC siendo considerada un adulto para las decisiones atinente a su propio cuerpo pudiendo decidir por sí, prescindiendo del asentimiento de su madre”.¹⁵

Hoofstede dijo “Desde dicha perspectiva debo destacar que el consentimiento informado es un elemento de resguardo o garantía; (...) se funda, en el llamado principio de reserva que consagra el art 19 de nuestra Constitución Nacional que protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación en las acciones en la medida que no afecte la moral pública ni los derechos de terceros”¹⁶

Recientemente, en mayo de 2021 la Jueza de Familia de Orán, resolvió que fuera el tribunal quien recabara el consentimiento informado de un niño wichi de 8 años y sus padres para realizar una cirugía, ya que el paciente tenía hemorragia intracerebral. La jueza llamó una audiencia en la que participaron médicos y el niño con un traductor o intérprete del wichi para resguardar los derechos del niño. Los médicos consideraban que era urgente hacer la cirugía, pero no podían asegurar ni dar garantías de un pronóstico esperanzador. La Jueza resalta la madurez del niño y la firmeza con la que le dijo “no quiero operarme”, por lo tanto se resolvió respetar la voluntad del niño quien no consintió la cirugía, fundando su resolución en el interés superior del niño.¹⁷

El ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores en cuanto a los tratamientos médicos y la posibilidad de prestar un consentimiento informado libre y voluntario, ha sido radicalmente flexibilizado.

El derecho argentino ha cambiado el sistema rígido que desestimaba la opinión de los niños, niñas y adolescentes, abriendo paso a los principios de interés superior del niño, autonomía progresiva y autodeterminación.

Existen situaciones especialmente previstas por la ley, en las cuales los adolescentes pueden prestar su consentimiento informado en forma personal y sin asistencia de los padres. Se trata de los métodos no invasivos. Para lo demás, deberán hacerlo con la asistencia de sus progenitores, pero siempre el menor debe ser escuchado y su voluntad debe ser tenida en cuenta.

Es cierto que quedan temas abiertos y muchos conflictos que requerirán reflexiones y análisis particularizados, sobre todo aquellos que tienen que ver con el grado de madurez del niño o adolescente para decidir lo mejor para él y su salud.

¹⁴ Sanatorio del Salvador Privado S.A. vs. P. A. J. s. Amparo Ley 4915 /// Juzgado de Conciliación 2 Nominación, Córdoba, Córdoba, 22/08/2018; RC J 8481.

¹⁵ Diario Jurídico de Córdoba. Publicación digital para abogados y magistrados jueves 18 de agosto de 2016.

¹⁶ HOOFT Pedro F., *Bioética y Derechos Humanos*, Ed. Depalma Buenos Aires, 2004, pág. 109.

¹⁷ <https://www.cadena3.com/noticia-radio-infome-3/-ordenan-respetar-la-voluntad-de-un-niño-wichi-de-no-operarse291045>.

Aplaudimos este cambio de paradigma que dignifica a los niños, niñas y adolescentes, permitiendo intervenir personalmente en los temas que les incumbe más que a nadie: su salud y su libertad.¹⁸

Este cambio de paradigma de un sistema rígido a otro flexible, se advierte tanto en relación a la protección de los derechos de los menores como en las personas con discapacidad y los adultos mayores.

Nuestro derecho positivo adecúa de este modo su normativa al Derecho Supranacional y convencional (art 75 inciso 22 de la carta magna) en especial la *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)* que es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho, y refiere a los derechos humanos de los niños poniendo énfasis en el “interés superior del niño”, su derecho a la vida, la sobrevivencia, el desarrollo, la no discriminación y a su derecho a expresarse libremente y a ser escuchado.

Esta Convención ha sido ampliamente ratificada por los países del mundo y por nuestro País a través de la Ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990. Por tanto, los Estados Parte, están obligados a respetarla y hacerla cumplir sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, procedencia, posición económica, creencias, impedimentos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Este tratado establece los derechos en sus 54 artículos y protocolos facultativos, definiendo los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños, las niñas y adolescentes. A partir de esta importante legislación Internacional, los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados con la misma dignidad y respeto que los adultos. El ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores, en las cuestiones relativas a la disposición de su propio cuerpo deben seguir pautas de bioética y fundamentalmente el interés superior del niño.

Tal es la importancia de estos principios mencionados, que el CCCN cuando legisla sobre Responsabilidad Parental, establece en el artículo 639 los Principios Generales que la rigen: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

V.- El consentimiento informado de pacientes en estado vegetativo. Muerte digna. Marco normativo. Crítica

En los capítulos precedentes ha quedado plasmada la relevancia del análisis del consentimiento informado de los menores de edad.

También creemos de suma importancia analizar el consentimiento informado respecto de que aquellos pacientes en estado vegetativo, con especial énfasis en la decisión de rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital.

¹⁸ JUNYENT BAS, Beatriz María, *El ejercicio de los Derechos Personalísimos por parte de los menores con especial aplicación a los tratamientos médicos*, en REVISTA ARGENTINA DE DERECHO CIVIL, Número 11- julio 2021. Cita IJ-MCDLXV-261.

Este sería un caso para aplicar el art. 59 CCCN in fine cuando dice: “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

V.1 Aspectos médico legales del estado vegetativo

En primer lugar, analizaremos si el estado vegetativo, como diagnóstico, está comprendido dentro de la expresión “absolutamente imposibilitada de expresar su voluntad”.

Desde un punto de vista médico, y citando a la investigación publicada por Kenneth Maiese, MD, Rutgers University, en mayo del 2022¹⁹, “se produce un estado vegetativo cuando el cerebro (la parte del encéfalo que controla el pensamiento y el comportamiento) ya no funciona, pero el hipotálamo y el tronco del encéfalo (las partes del encéfalo que controlan las funciones vitales, como los ciclos de sueño, la temperatura corporal, la respiración, la presión arterial, la frecuencia cardíaca y la consciencia) siguen funcionando. Por lo tanto, la persona abre los ojos y parece despierta pero, por lo demás, no responde a la estimulación de una manera significativa”.

En la mayoría de los casos, un estado vegetativo tiene su origen en un daño cerebral grave debido a una lesión en la cabeza (lesión traumática) o a un trastorno que priva al cerebro de oxígeno, como un paro cardíaco o respiratorio (lesión no traumática). Sobre este punto es relevante aclarar que cuando se habla de lesión traumática, la ciencia se refiere a que el Estado Vegetativo tiene un origen puro o único en la lesión traumática. Lo mismo ocurre con el concepto de lesión no traumática o hipoxia, es decir, cuando el Estado Vegetativo tiene su origen en una única causa que es la falta de oxígeno en el cerebro.

El Estado Vegetativo pueden ser originado, también, por ambas causas, es decir, lesión traumática e hipoxia, (ya sea por broncoaspiración o por un paro cardíaco, por ejemplo).

Los médicos diagnostican un estado vegetativo solo después de observar a la persona afectada durante un período de tiempo y en más de una ocasión y no encuentran ninguna evidencia de consciencia.

Las personas en estado vegetativo requieren atención integral, incluida una buena nutrición y medidas para prevenir los problemas que resultan de no poder moverse (como las úlceras por presión).

¹⁹KENNETH MAIESSE MD, Rutgers University, mayo de 2022, en https://www.msmanuals.com/es/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/coma-y-alteraci%C3%B3n-de-la-consciencia/estado-vegetativo#:~:text=Un%20estado%20vegetativo%20que%20dura,entorno%20de%20una%20manera%20significativa_ extraído el 26/09/2023

Kenneth Maiesse²⁰ dice que un estado vegetativo que dura más de 1 mes se considera un estado vegetativo persistente. La mayoría de las personas en estado vegetativo persistente no recuperan ninguna función mental o capacidad de interactuar con el entorno de una manera significativa. Y agrega que cuando se produce alguna recuperación, la causa era por lo general un daño cerebral debido a un traumatismo craneoencefálico (lesión cerebral traumática), es decir, una lesión traumática pura. Además, la recuperación es a menudo muy limitada. Con muy poca frecuencia, las personas en estado vegetativo persistente debido a un traumatismo craneal siguen mejorando lentamente durante meses o años.

Debe precisarse que en la inmensa mayoría de los casos la recuperación que se obtiene es muy limitada, con grandes secuelas residuales y una calidad de vida ínfima. Se ha visto que la causa del Estado Vegetativo Persistente, su duración y la edad son los factores más importantes de cara al pronóstico. Es de hacer notar que luego de los 50 años el pronóstico es desfavorable en la mayoría de los casos.

Por su parte, la AJRPT²¹ publicó un estudio realizado con pacientes con Traumatismos Encéfalo – Craneales (TEC) que fueron sometidos a neuro-estimulación sensorial, que son intervenciones no invasivas, que tienen como objetivo proveer un estímulo sensorial externo a los cinco sentidos, la función motora, la comunicación y el nivel de alerta.

La estimulación multisensorial tiene valor de pronóstico en la fase aguda, y sirve para evaluar con objetividad los resultados de los programas de rehabilitación. Los objetivos que se plantea el equipo interdisciplinario dependen de las características del sujeto, la funcionalidad que presenta y el entorno que lo rodea. *El abordaje es integral, intensivo y de inicio precoz, para aprovechar el período de mayor recuperación.* (el resaltado nos pertenece)

Esta posibilidad de mejoría a través de las estimulaciones como propone la AJRPT sin lugar a dudas tiene un efecto legal que debemos resaltar, sobre todo desde la obligación preventiva legislada en el art. 1710 CCCN²², pues exige al nosocomio en donde está internado el paciente y a los médicos tratantes la obligación de aplicar todo tipo de estimulaciones, como la neuro rehabilitación, kinesioterapia, y otras estrategias terapéuticas para que, desde el minuto cero, el paciente pueda tener al menos, una posibilidad de evolucionar.

Se ha manifestado que “la función preventiva tiene especial aplicación cuando las víctimas se encuentren comprendidas dentro de ciertos grupos que han sido calificados de vulnerables por el legislador.... estos grupos se componen por niños,

²⁰ KENNETH MAIESSE op cit.

²¹ CARDILLO, N., Cragno, M. C., MORELLI, L., NUNES, A. C., & TORNABENE, D. R. (2020). Evolución del estado de conciencia en sujetos con traumatismo encéfalo-craneano grave tratados en la sala de estimulación multisensorial de un centro de rehabilitación. *Argentinian Journal of Respiratory & Physical Therapy*, 1(2), 5-12. <https://doi.org/10.58172/ajrpt.v1i2.66>.

²² Artículo 1710 CCCN “ Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño si ya se produjo.

niñas y adolescentes, personas con capacidades diferentes... y los ancianos, entre otros”²³

De hecho, la doctrina sostiene que “las personas se deben asistencia recíproca ante contingencias riesgosas, aún sin seguridad sobre una futura nocividad; bastan serias probabilidades al respecto, al alcance de la percepción del obligado”²⁴.

Ello nos lleva a concluir, en sentido contrario, que si el paciente que está en un Estado Vegetativo Persistente no recibió los estímulos necesarios desde el primer momento (o inicio precoz, como dice el estudio citado) es muy poco probable que el paciente evolucione.

No está de más resaltar que la neuro estimulación no garantiza la curabilidad de la lesión que pueda tener el paciente. Aclaramos esto, pues el art. 59 del CCCN habla directamente de “... *padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*”.

Podemos concluir que un paciente en estado Vegetativo, ya sea persistente o no, no está capacitado para ejercer sus derechos.

V.2. El estado vegetativo en la legislación

El Código Civil y Comercial de la Nación, al regular el consentimiento informado no menciona el Estado Vegetativo, menos aún, distingue entre el Estado Vegetativo Persistente y Permanente. Sólo menciona la irreversibilidad de la patología o la incurabilidad de la enfermedad, o el estado terminal del paciente.

La ley 26.529 modificada por la ley 26.742 tampoco menciona el estado vegetativo en total consonancia con el CCCN.

Aun así, en la Provincia de Córdoba, está vigente la ley 10.058²⁵ modificada por la 10.421²⁶ que legisla sobre la manifestación libre de la voluntad del paciente de no someterse al llamado “encarnizamiento terapéutico” y sí diferencia entre los conceptos de Estado Vegetativo Persistente y Permanente en su art. 5 inc e).

En concreto, dice que para que los médicos puedan hacer lugar a la manifestación de voluntad del paciente en estado vegetativo de no someterse a tratamientos que prolonguen innecesariamente su vida, debe considerarse el plazo de 12 meses (si el origen de la lesión fue traumática) y de 3 meses (si la lesión tiene otra etiología).

Con la entrada en vigencia del CCCN, la ley 10.058 debió ser modificada para adecuarse al código civil. Pero en la modificación sancionada por ley 10.421 no se reformuló lo relativo al estado vegetativo, circunstancia que no nos parece acertada. Consideramos que el planteo de una eventual inconstitucionalidad de la ley provincial en este aspecto es válido, por violentar la aplicación jerárquica de las normas (art. 31 CN) ya que la regulación de los derechos personalísimos (vida, salud, dignidad, autonomía, etc.²⁷) corresponde originariamente al Congreso de la Nación (art. 75 inc

²³ MONJO, Sebastián y ARGÑÁRAZ, Mariangel, *Funciones de la Responsabilidad Civil: Función Preventiva*, en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial. Director: José Fernando Márquez, Edit Zavalía, Buenos Aires 2015, pág.36.

²⁴ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, con colaboración de Rodolfo GONZALEZ ZAVALA, *La responsabilidad civil en el nuevo Código. Tomo I, pág. 189/190, 1ra Ed, Córdoba, Ed. Alveroni, 2015.*

²⁵ Ley 10.058 BOE de Córdoba, 16/05/2012.

²⁶ Ley 10.421 BOE de Córdoba, 30/01/2017.

²⁷ LEMM, Eleonora, en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccycn>

12, 22 y 23 de la CN) y las normas que reglamenten su ejercicio, en primer lugar, no podrían ser sancionadas por las provincias, y en segundo lugar, para el caso que si exista norma provincial (como la ley 10.058) la misma, no puede limitar ni restringir el ejercicio de esos derechos.

Consideramos que la conceptualización de Estado Vegetativo Permanente de acuerdo al paso del tiempo, es una limitación al ejercicio del derecho del paciente a *“... rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”* (art. 59 inc g CCCN)

En ningún momento el CCCN regula limitaciones del ejercicio de muerte digna considerando Estado Vegetativo Persistente o Permanente.

En consecuencia, nos permitimos concluir que depender del concepto de Estado Vegetativo para permitir el ejercicio del derecho del paciente, es inconstitucional.

Así lo ha resuelto recientemente el Tribunal Superior de Córdoba, al decir: “Esto obliga a concluir que el plazo de 12 meses puntualizado por la referida norma (el art. 5, inc. e), en su carácter estrictamente definicional, solo puede ser tomado como un parámetro de referencia a la hora de sopesar el referido estado clínico, pero en ningún caso puede ser exigido como una condición imprescindible para el ejercicio del derecho sustantivo que legislan la propia Ley n.º 10058 y, sobre todo, el CCC (arts. 59 y 60). Es que, de lo contrario, habría que declarar su inaplicabilidad o, peor, su inconstitucionalidad por exceso de competencias respecto de una cuestión (derechos personalísimos) en la que no se pueden desarticular las vigas maestras (en este caso, montadas por el CCC), porque en ello descansa “el principio de federal” “lealtad federal o buena fe federal”²⁸

V.3. ¿Quién suscribe el consentimiento informado del paciente en estado vegetativo? Como se ha visto, el paciente en estado vegetativo (ya sea persistente o permanente) no tiene la capacidad de ejercer sus derechos, menos aún de emitir o suscribir un consentimiento informado, ya sea para un tratamiento determinado o para evitar el encarnizamiento terapéutico.

De acuerdo al art. 59 in fine del CCCN “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

Por su parte, el art. 10 de la ley 26.529 dice que “... la decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, ...”

Es decir que en caso de que el paciente no pueda suscribir o emitir un consentimiento informado, lo puede hacer su representante legal.

²⁸ TSJ de Córdoba, Sentencia N° 115 del 02/11/2023 en autos “12077654 - SOSA OCAMPO, Rosa Marianela y otros c/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915”.

En el caso de la ley provincial 10.058, el art. 11 dice: “Toda persona tiene el derecho a *designar un representante debidamente identificado*, constando por escrito su voluntaria y gratuita aceptación como tal, asumiendo desde ese momento la obligación de verificar ante el médico tratante o equipo de salud el cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en la Declaración de Voluntad Anticipada (DVA).”

Nuevamente se hace mención a un representante legal.

Lo real y cierto es que el CCCN no distingue, es más, amplía el repertorio de personas que pueden emitir el consentimiento informado en favor del paciente en estado vegetativo, para “... *rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital...*”, autorizando tanto al representante legal, como al apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente.

Respecto del “representante legal”, resulta más fácil identificarlo. Puede ser quien ejerza la patria potestad, o el tutor o curador designado judicialmente, un apoderado, etc.

El CCCN es coherente con el sistema instaurado en su plexo normativo al equiparar el derecho del o de la cónyuge y/o conviviente como personas autorizadas a emitir el consentimiento informado.

Tan amplio es el repertorio de personas autorizadas que habla de parientes sin identificar qué grado.

Por último, el CCCN autoriza al “allegado” que acompaña al paciente. Esta persona es quien, por motivos más que nada, altruistas, acompaña al paciente en su estadía hospitalaria, manifestando un claro interés en que se proteja al paciente y se garanticen sus derechos.

Sin lugar a dudas, es una figura muy amplia, de límites difusos, que deberán ser analizados en cada caso concreto por el cuerpo médico o, en última instancia, por el juez.

Lo cierto es que la escasa pero determinante jurisprudencia en esta materia, resuelve que estas personas identificadas por ley 26.529 “son personas autorizadas a dar testimonio, bajo declaración jurada, de la voluntad del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital; éstos hacen operativa la voluntad de aquél y resultan sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir, pero, por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a estas personas un poder incondicionado para disponer la suerte de una persona mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia”. Señaló el Alto Tribunal en el mismo caso que “La petición de retiro de medidas de soporte vital —hidratación y alimentación— realizada por las hermanas de una persona que se encuentra en un estado vegetativo permanente a raíz de un accidente ocurrido hace más de 20 años, encuadra dentro de lo contemplado en los arts. 2º, inc. e), y 5º, inc. g) de la ley 26.529, pues, más allá de la especificidad de los procedimientos allí contenidos y de la expresa referencia que las normas contienen al respecto, existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que éstas constituyen, en sí mismas, una forma de tratamiento médico. En la medida en que las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes

26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión, no debe exigirse una autorización judicial previa para el ejercicio del derecho a la autodeterminación; esto se corrobora con los antecedentes parlamentarios que reflejan la manifestación de distintos legisladores de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes. La modificación introducida a la Ley de Derechos del Paciente por la ley 26.742, de aplicación inmediata desde su vigencia, tuvo por principal objetivo atender a los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, reconociendo a éstas, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos, sin autorizar prácticas eutanásicas; tales previsiones no resultan incompatibles con las normas del Cód. Civil y Comercial de la Nación. Es necesario que las autoridades correspondientes contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente que se encuentre en la situación contemplada en los arts. 2, inc. e, y 5, inc. g de la ley 26.529; a tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere”²⁹

La Cámara en lo Contencioso Administrativo que dictó la Sentencia de grado (en autos Sosa c Municipalidad) referenciado supra, dictaminó que “no habría ninguna razón justificada para no hacer valer igualmente ello, cuando la directiva anticipada es realizada ex post mediante sus representantes tal como la ley 10.058 modif. 10.421, lo permite en el art. 21 ter y que ley 10.058 modif. 10.421, lo permite en el art. 21 ter y que al fin, es lo que habilita la competencia funcional de este ‘Comité Ley 10.058 – Muerte Digna’ por ser ello, una materia específica al contenido y alcance de la voluntad anticipada. No permitirlo, sería sin duda generar una afectación a la igualdad de derechos de las personas, puesto que, quienes están sanos y hacen una directiva médica anticipada o voluntad anticipada, pueden adelantar su negativa a recibir determinadas prácticas de soporte vital; mientras que otros, estando gravemente enfermos, pero no cumpliendo con los estándares de incurabilidad, irreversibilidad y no terminalidad; sin haber dejado una directiva médica anticipada, se encontrarían en ejercicio de un derecho personalísimo con menor entidad o potencia, que el que asiste a otras personas que han cumplido con la voluntad anticipada o directiva médica anticipada” (del voto mayoritario de las Vocales Dra. Sosa y Dra. Puigdellibol)³⁰.

Quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de este. No deciden ni ‘en el lugar’ del paciente ni ‘por’ el paciente sino comunicando su voluntad. Esto es

²⁹ Fallo citado. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 07/07/2015 Cita Online: AR/JUR/24366/2015.

³⁰ Cam Cont. Adm N° 2 de Córdoba, en autos SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - 12077654, Sentencia N° 72 de fecha 28/09/2023.

lo que la doctrina tiene conceptualizado como consentimiento informado retrospectivo³¹.

El reciente fallo del Tribunal Superior de Córdoba antes referenciado³² también analiza esta cuestión de representatividad cuando no existen directivas de voluntad anticipada. En este sentido resolvió que “La ley N° 10058 posibilita que, “por vía de subrogación” (así lo denomina el Decreto n.º 1276/2014 al reglamentar el art. 24), en la medida en que el afectado estuviera imposibilitado de manifestar su voluntad, sus representantes legales ejerzan el referido derecho sustantivo (definido en los arts. 59 y 60 del CCC, y en el art. 7, Ley N° 10058). Por eso, con más contundencia y de forma más explícita, la norma local establece que intervenga el comité de bioética (art. 21 bis) “cuando el paciente no hubiera formalizado su DVA y la decisión fuere tomada por los representantes legales, en los términos del artículo 24”

Otro aspecto a analizar es el vinculado con las dos condiciones legales para que estas personas puedan brindar el consentimiento:

- 1) Que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente.
- 2) Que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud.

Como hemos visto anteriormente, el paciente con estado vegetativo está absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad. Y si no la ha expresado anteriormente mediante las directivas anticipadas, por ejemplo, las personas autorizadas por el CCCN podrán firmar el consentimiento informado.

Además, debe coexistir una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o salud del paciente.

La Organización Mundial de la Salud considera emergencia médica a todas aquellas situaciones en las que se requieren acciones y decisiones médicas inmediatas³³.

Es por eso que el CCCN regula las pautas para la “muerte digna”, ya que vivir dignamente implica también morir dignamente.

En coherencia con el cambio de paradigma en la relación medico-paciente, en la que se ha empoderado al paciente a los fines de tomar las decisiones en torno a su salud, a partir de la información que le brindan los profesionales de la salud, corresponde concluir que el consentimiento informado de los pacientes en estado vegetativo está íntimamente ligado a la muerte digna.

A modo de conclusión de este título volvemos a citar al Tribunal Superior de Córdoba quien, en el caso referenciado (SOSA c Municipalidad de Córdoba) realiza el siguiente razonamiento totalmente acertado: “El Decreto N°1089/2012, al reglamentar la Ley N° 26529 (el art. 2, inc. e), sostiene: “El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona”. Precisamente, por eso, en el orden provincial, el referido Decreto N° 1276/2014, con contundencia, establece que no es atribución del equipo médico

³¹ ANDRUET (h.), Armando S. (E.D.), *Las Directivas Médicas Anticipadas y su Conocimiento Profesional Médico-Jurídico*, Alveroni, Córdoba 2016, pág. 174/175.

³² TSJ de Córdoba, Sentencia N° 115 del 02/11/2023 en autos 12077654 - SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915.

³³<https://www.euroinova.com.ar/que-es-urgencia-y-emergencia-segun-la-oms#:~:text=La%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de%20la,de%20vida%20en%20los%20involucrados.>

“discernir” sobre la “entidad” de aquello que define las instrucciones brindadas por el paciente a través del “contenido de la DVA” (reglamentación del art. 7 de la Ley N.º 10058). Por el contrario, los profesionales deben limitarse a “atender la condición sanitaria del enfermo” y, en forma obligatoria, “hacer cesar o evitar generar aquellas que impongan encarnizamiento terapéutico” (reglamentación del art. 7). En otras palabras, una vez que el paciente o sus representantes se han manifestado, los profesionales no pueden insistir con los tratamientos que aquellos hubieran rechazado. Por ello, el art. 7 postula que “las instrucciones” que comporta la DVA tienen carácter imperativo: “ordenan al médico o institución de servicio de salud” (art. 7). Es decir, llegados a ese punto, no hay margen para que estos se opongan, sopesen, cuestionen o impugnen (por vía administrativa o judicial) dicha disposición, por expresar una determinación de moral privada, personalísima, autorreferente, que no es susceptible de interferencias externas (art. 19 CN)”³⁴

VI.- Aproximación a una perspectiva bioética

Con respeto a los estudiosos de la bioética, consideramos que es relevante realizar, al menos una aproximación de esta temática.

“El consenso moral, médico y legal que tiende a producirse sobre las decisiones del morir debiera cumplir tres principios fundamentales: el pleno conocimiento de la sociedad sobre la necesidad del establecimiento de un límite convencional en la atención médica en determinadas circunstancias, el respeto por las preferencias del paciente y que la aplicación de alguna regla no permita arbitrariamente la muerte programada de minusválidos mentales o físicos”³⁵.

La vida sigue siendo sagrada e inviolable para cada uno, pero no podemos dejar de valorar que su comienzo y su final han sido invadidos por la técnica, tecnología, biotecnología, que el ser humano ha creado.

Esta invasión tecnológica y el criterio de salvar vidas a cualquier costo, ponen de relieve situaciones como el encarnizamiento terapéutico³⁶, que es la sobre atención médica divorciada de todo contenido humano, ante pacientes que presentan en su mayoría cuadros irreversibles e irrecuperables, en donde el tratamiento médico deriva en acciones inútiles.

Según Francisco Maglio³⁷ “El encarnizamiento terapéutico de terapéutico no tiene nada”.

De acuerdo al Protocolo del año 2020 para la AET SATI (Sociedad Argentina de Terapia Intensiva) en un contexto ético, el soporte vital se hace extensivo a todo tipo de procedimientos aplicables a los pacientes críticamente enfermos o en el proceso final de la vida, entre los que se incluyen la nutrición y la hidratación artificiales.

Se debe considerar la situación en la que a una persona que se encuentra en un proceso de muerte por una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas carentes de utilidad clínica real, desproporcionadas o extraordinarias, que pueden mermar su calidad de vida y que únicamente permiten

³⁴ TSJ de Córdoba, Sentencia N° 115 del 02/11/2023 en autos 12077654 - SOSA OCAMPO, ROSA MARIANELA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CORDOBA - AMPARO LEY 4915.

³⁵ GHERARDI, Carlos, *Vida y muerte en terapia intensiva. Estrategias para conocer y participar en las decisiones*, Buenos Aires, Biblos, 2007.

³⁶ GHERARDI, Carlos, *Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades. Medicina* (B Aires) 1998; 58: 755-62).

³⁷ MAGLIO, Francisco, *Permiso para Morir*, IntraMed 2014.

prolongar su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, y que incluso pueden incrementar su sufrimiento. (Protocolo para la AET SATI 12/08/2020)³⁸.

Desde el punto de vista Bioético consideramos que debe evitarse la paradoja contemporánea, que, reconociendo la autonomía como sustrato esencial del derecho de los pacientes, ésta -al no poder ser ejercida- quede subsumida en la decisión de hacer todo lo que la tecnología puede y ofrece. Hay un tiempo -que es el de terapia intensiva- en que debe hacerse todo lo posible cualquiera sea el cuadro clínico, y hay otro tiempo en que se deben dejar de hacer algunas cosas y en cambio hacer otras -por ejemplo, medicina paliativa- para esperar solo la muerte con dignidad y no interponerse frente a ella con una tecnología imprudente y/o agresiva.

Estas situaciones que requieren decisiones médicas y éticas deben ser valoradas por el equipo de salud, pero también por el paciente y en su caso el grupo familiar que representa los valores del paciente.

Finalmente, en el análisis ético del “permitir morir” se debe considerar que, más allá de los métodos que deben suspenderse, la toma de decisión sobre la muerte se encuentra en el marco del “derecho a morir” de cada paciente.³⁹

VII.- Conclusiones

- El Consentimiento Informado es un Proceso que se inicia cuando el paciente ingresa en el consultorio médico, es suficiente informado de su estado de salud, el procedimiento propuesto con ventajas y desventajas, Procedimientos alternativos, etc.
- El consentimiento informado, como proceso, debe reflejar el cambio de paradigma en la relación médico-paciente, respetando la autonomía y voluntad del paciente que procura su dignidad.
- La Ley no establece cuestiones fundamentales referidas a cómo debe hacerse. Por ejemplo, que la información previa debe ser efectuada con la suficiente antelación para que el paciente pueda pensar y tomar una decisión reflexiva, conforme su autodeterminación y libertad; a veces se hace firmar un papel diez minutos antes de la realización de la práctica o intervención. Consideramos que ese consentimiento puede ser declarado nulo.
- El consentimiento informado, con toda la información completa, concluye con la manifestación de la voluntad expresada por el paciente (o sus familiares si no se encuentra en condiciones de capacidad para otorgarlo personalmente) respecto a la afirmativa o negativa al tratamiento propuesto.
- Dentro del marco normativo existente, es necesario identificar y anular cualquier restricción al ejercicio de derechos personalísimos que no sean regulados por normas emitidas por el Congreso de la Nación, único autorizado por la Constitución para reglar estos derechos.

³⁸ MAGNANTE, Dinah; POLISZUK, Julieta; JURI, José; TARDITTI, Adrián, Protocolo para la AET SATI (Sociedad Argentina de Terapia Intensiva, 12/08/2020), extraído de <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenido=96578>.

³⁹ GHERARDI, Carlos, Ob.cit. 58: 755-62.

- Cuando se trata de menores, debemos ser muy cuidadosos, ya que el artículo 26 plasma en nuestro derecho privado los principios de autonomía progresiva y autodeterminación ya receptados en el Derecho Supranacional.
- El ejercicio de los derechos personalísimos por parte de los menores en cuanto a los tratamientos médicos y la posibilidad de prestar un consentimiento informado libre y voluntario, ha sido radicalmente flexibilizado.
- Aplaudimos este cambio de paradigma que dignifica a niños, niñas y adolescentes permitiendo intervenir personalmente en los temas que les incumbe más que a nadie: su salud y su libertad.
- Este cambio de paradigma de un sistema rígido a otro flexible, se advierte también en las personas con discapacidad, adultos mayores y personas en vida vegetativa.
- El consentimiento informado de un paciente en estado vegetativo que no materializó las Directivas Anticipadas, puede ser conformado retrospectivamente por las personas autorizadas por ley, quienes no deciden “por el paciente”, sino que comunican la voluntad del paciente.
- Es necesaria una mirada desde la bioética en los casos de muerte digna, pues su análisis impone una mirada interdisciplinaria transversal mucho más amplia que tan sólo la norma jurídica.
- La posibilidad de solicitar una muerte Digna, hoy amparada por la ley, -aunque sigue generando resistencia en algunos sectores- es clave para la dignidad del ser humano.
- La persona humana tiene derecho a una muerte digna, aún cuando esta circunstancia no la haya dejado plasmada en Directivas Anticipadas, pero sí fue comunicada verbalmente a sus familiares más cercanos como cónyuge, hijos entre otros.
- En nuestra opinión vivir dignamente, implica también la posibilidad de morir dignamente. Eso implica aceptar la voluntad de autodeterminación.
- Sin duda, los debates acerca de estos conflictos están abiertos y generan la necesidad de una reflexión profunda.

VIII.- Bibliografía

ANDRUET (h.), Armando S. (E.D.), Las Directivas Médicas Anticipadas y su Conocimiento Profesional Médico-Jurídico, Alveroni, Córdoba 2016, pág. 174/175.

ARIÈS, Philippe, “El hombre ante la muerte”, Ed. Taurus, 2011.

CARDILLO, N., CRAGNO, M. C., MORELLI, L., NUNES, A. C., & TORNABENE, D. R. (2020). Evolución del estado de conciencia en sujetos con traumatismo encéfalo-craneano grave tratados en la sala de estimulación multisensorial de un centro de rehabilitación. *Argentinian Journal of Respiratory & Physical Therapy*, 1(2), 5-12. <https://doi.org/10.58172/ajrpt.v1i2.66>

CELESIA, Gastone G, Persistent Vegetative State: Report of the American Neurological Association Committee on Ethical Affairs. *ANA Committee of Ethical Affairs. Ann Neurol*, 33 (1993), extraído de <http://dx.doi.org/10.1002/ana.410330409>

ENGL, N. MED J (1994), Medical Aspects of the Persistent Vegetative State (First of Two Parts)..The Multi-Society Task Force on PVS., extraído de <http://dx.doi.org/10.1056/NEJM199405263302107>

GHERARDI, Carlos R.: Terapia intensiva. El problema de los medios y los fines, *División Terapia Intensiva, Hospital de Clínicas, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires*, extraído de <http://www.scielo.org.ar/img/revistas/medba/v71n6/html/v71n6a13.htm#ref>.- Vida y muerte en terapia intensiva. Estrategias para conocer y participar en las decisiones, Buenos Aires, Biblos, 2007.- La Muerte Intervenida. De La Muerte Cerebral a la Abstención o Retiro del soporte Vital. MEDICINA (Buenos Aires) 2002; 62: 279-290)- La muerte cerebral y la muerte Medicina (B Aires) 1997; 57: 114-18.- Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades. Medicina (B Aires) 1998; 58: 755-62).

HERRERA, MARISA, “Autonomía Progresiva y derecho a la salud de los adolescentes. Un cruce en disputa”, LA LEY 19/6/2019. Cita Online AR/DOC/1803/2019.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gutavo; PICASO, Sebastián, Directores en CCCN Comentado, publicado en SAIJ, extraído de <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

HOOFT, PEDRO F, “Bioética y Derechos Humanos”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 2004.

JUNYENT BAS, BEATRIZ MARÍA, “Derechos y Actos Personalísimos” Comentario al Capítulo 3 del Libro Primero en, Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Directores Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino. Tomo 2-A Persona Humana, Edit. Hammurabi, Buenos Aires 2020. –

“El ejercicio de los Derechos Personalísimos por parte de los menores con especial aplicación a los tratamientos médicos” en Revista Argentina de Derecho Civil, Número 11- julio 2021. Cita IJ-MCDLXV-261.

LAMM, Eleonora, en <https://salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccycn>.

LOPEZ MESA, Marcelo J. Director, “Tratado de Responsabilidad Médica”, Legis Argentina, Buenos Aires, 2007.

LOPEZ MESA, MARCELO, EDUARDO BARREIRA DELFINO – DIRECTORES- “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado” -Anotado, Edit Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

MAGLIO, Francisco, “Permiso para Morir”, Ed. IntraMed, 2014.

MAGNANTE, Dinah; POLISZUK, Julieta; JURI, José; TARDITTI, Adrián, “Protocolo para la AET SATI (Sociedad argentina de terapia intensiva 12/08/2020)”, extraído de <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoid=96578>.

MAIESE, Kenneth, MD, Rutgers University, mayo de 2022, en <https://www.msmanuals.com/es/hogar/enfermedades-cerebrales,-medulares-y-nerviosas/coma-y-alteraci%C3%B3n-de-la-consciencia/estado-vegetativo#:~:text=Un%20estado%20vegetativo%20que%20dura,entorno%20de%20un a%20manera%20significativa>.

Manual de Bioética para periodistas, UNESCO, Montevideo 2015, publicado bajo licencia CC BY-SA 3.0 IGO [12128], extraído de <https://unesdoc.unesco.org/search/N-EXPLORE-0d4340ff-e5d2-464b-8dd0-3b99a24bf8bf>

MONJO, SEBASTIAN Y MARIANGEL ARGAÑARAZ, “Funciones de la Responsabilidad Civil. Función Preventiva, en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”, Director: JOSE FERNANDO MÁRQUEZ, Edit Zavalía, Buenos Aires, 2015. T 1.

PIZARRO, RAMON DANIEL - VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, “Manual de Responsabilidad Civil Tomo II”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020.

RIVERA, Julio César y CROVI, Daniel, “Derecho Civil parte General”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

VAINETTI, Hugo Alfredo, Doxing. “Difusión no consentida de información personal en internet”. Revista Argentina de Derecho Civil – Número 7- marzo 2020. Cita IJ-CMXIII-423

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, con colaboración de Rodolfo GONZALEZ ZAVALA, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”. 1ra Ed, Córdoba, Ed. Alveroni, 2015.

ZEMAN A. Persistent vegetative state. Lancet, 350 (1997), extraído de [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(97\)06447-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(97)06447-7)

La Responsabilidad anónima en el Código Civil y Comercial

Por Leonardo Marcellino¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Requisitos para la configuración de la responsabilidad anónima. III.- Eximentes liberatorias de esta responsabilidad. IV.- El factor de atribución. V.- Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo aborda los distintos aspectos relacionados a la regulación de la responsabilidad anónima en el Código Civil y Comercial argentino, incluyendo los requisitos de procedencia para la configuración de esta responsabilidad, sus eximentes y el factor de atribución aplicable.

Abstract: This paper addresses the different aspects related to the regulation of anonymous liability in the Argentine Civil and Commercial Code, including the requirements of origin for the configuration of this responsibility, its exemptions and the applicable attribution factor.

I.- Introducción

Con frecuencia en la generación de daños hay participación de una pluralidad de personas como autores materiales de esa conducta provocadora del perjuicio.

Se podría hablar de daños causados colectivamente, pero según sea el modo de intervención causal y relación entre esos participantes, que integrarían el polo pasivo de la relación judicial obligacional, se pueden distinguir distintas clases o categorías de responsabilidades y en base a ello serle de aplicación un especial régimen regulatorio diferenciado.

A menudo se observa que la potencialidad de daños que pueden ocasionarse se incrementa proporcionalmente al número de participantes que integran el colectivo, en comparación a si la actuación fuera cumplida en forma individual y aislada por solo una de las personas sin el acompañamiento del resto.

De este modo es posible identificar situaciones en las cuales el grupo de personas como tal adquiere una relevancia preponderante desde el punto de vista de la causalidad, ya que en estos casos previsiblemente el daño como tal no se hubiera producido sin la

¹ Abogado (U.N.C.). Magíster en Derecho y Argumentación (U.N.C.). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U.N.C.). Profesor en la asignatura Privado VIII (Derecho de Daños) e Investigador (Universidad Siglo 21). Profesor Ayudante en la asignatura Privado VII (Derecho de Daños) (U.N.C.). Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho Córdoba. Asesor Legal de diversas Municipalidades y Comunas de la Provincia de Córdoba.

Palabras clave:

Responsabilidad anónima – causalidad alternativa – equidad.

Keywords:

Anonymous liability – alternative causation – equity.

participación grupal. En estos casos se suele referir a una causalidad grupal, ya que la imputación y la autoría se refiere al grupo².

Se está frente a un problema llamado de “*cocausación*” del daño, por cuanto “*el daño deriva de la actuación concurrente de dos o más agentes que con su conducta coadyuvan a su producción*”³. Más concretamente en un supuesto de causalidad común.

Desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad civil en estos casos resulta útil distinguir si el grupo en sí mismo constituye o no un grupo de riesgo en los términos del art. 1762 CCCN, ya que en caso de serlo la cuestión se subsumirá en dicha disposición. Caso contrario, se estará frente a un caso de pluralidad de responsable y se aplicará la regla contenida en el art. 1751 CCCN.

Se sostiene que, si la actuación conjunta de personas reúne por su naturaleza, medios empleados por sus integrantes u otras circunstancias vinculadas a su actuación (art.1757 CCCN), la característica de generar un riesgo o peligro anormal para terceros, el hecho que los sujetos estén agrupados sin duda adquiere un rol relevante desde el punto de vista causal, por ello se justifica al agravamiento de su responsabilidad. La eximente en este caso será demostrar que no se integraba el grupo y no tendrá por tanto ningún efecto liberatorio la prueba de falta de autoría individual en el daño.

A diferencia de los supuestos mencionados anteriormente, hay otros casos en los cuales existe una actuación grupal que no genera una peligrosidad como tal, pero la sola circunstancia de participar en el grupo, el haber aportado esa mera condición, es suficiente para convertirlo en causante del daño desde el punto de vista jurídico, si el real causante material o fáctico también del mismo grupo permanece anónimo. Se está frente a la llamada causalidad alternativa o disyunta.

Se está frente a un verdadero problema causal que se plantea al no poder identificarse al autor material del daño. Si se atendieran a las reglas jurídicas generales que determinan que incumbe a la víctima probar el nexo causal (art 1736 CCCN), debiera resolverse por el no resarcimiento, es decir terminaría el damnificado soportando el perjuicio.

Sin embargo, la solución no se presenta como justa o equitativa para el sistema valorativo del legislador. La dificultad para la víctima en la identificación causal del dañador no debería justificar la liberación de su responsabilidad, si se tuviera cierta certeza en que ese autor anónimo es alguno de los sujetos que integraba determinado grupo que participaron en la actividad dañosa, aunque no se lo pueda individualizar.

En estos casos el legislador determina una presunción de causalidad para todos los integrantes del grupo por la sola circunstancia de conformarlo. Para la víctima todos son causantes del daño y por lo tanto responden solidariamente, incluyéndose por tanto al verdadero autor del daño, pero también a los otros integrantes que no son autores (art. 1761 CCCN).

A los fines causales todos los integrantes del grupo serían mero “*sospechosos*” del daño, pero desde el punto de vista resarcitorio se los considera directamente

² TRIGO REPRESAS, F. A., LÓPEZ MESA, M. J., *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, p. 287. En igual sentido, LORENZETTI, R., *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D-1058.

³ PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, G. C., *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, n°122, p. 382.

causantes de daño. No deja de tratarse de una ficción jurídica, ya que se sabe con certeza que causalmente no todos han participado, pero para el derecho sí lo han hecho y deberá pesar sobre su cabeza la carga de probar que no causaron el daño.

II.-Requisitos para la configuración de la responsabilidad anónima

El art. 1761 CCCN titulado “Autor anónimo”, dispone lo siguiente: *“Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción”*.

En base a los términos de la disposición es posible derivar la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos legales para su configuración:

1.-Existencia de un grupo como autores posibles del daño

Esta responsabilidad presupone la existencia de una pluralidad de personas cuya actuación individual debería tener la potencialidad suficiente para provocar el daño, pero para su configuración se requiere que ese conjunto de personas integre un “grupo”.

La determinación de cuándo varias personas pasan a conformar un grupo como tal, es la clave central de esta responsabilidad, ya que en base al contenido de esa definición será mayor o menor la extensión de los supuestos de hecho comprendidos en la misma.

Está claro que la mera circunstancia de encontrarse varias personas en un mismo lugar o tiempo no es suficiente para que pueda hablarse de un grupo. Se requiere además que todos ellos estén conectados o vinculados compartiendo algún interés que permita exteriorizar y definir la existencia de una agrupación en base a alguna característica común.

Se acepta que el concepto debe ser valorado con flexibilidad y realismo, el grupo puede ser accidental, circunstancial u ocasional, lo relevante es que deben mantener entre ellos una relación que los agrupa como tales. Lo importante es que el grupo exista objetivamente⁴.

Como lo expresa Zavala de González, *“el grupo no es una simple reunión accidental de personas; debe concurrir algún lazo de cohesión, racional o sentimental, más o menos definido. No se trata de la yuxtaposición de personas, sino de la fusión dentro de una realidad”*⁵. Presupone entonces una unión cualitativa entre los integrantes cuyo vínculo vaya más allá de la persona del damnificado⁶.

Pizarro y Vallespinos⁷ ejemplifican al grupo como sería el caso de los asistentes a un espectáculo musical, teatral o cinematográfico, personas que se encuentran como huéspedes en un hotel, los intervinientes en una operación o acto médico quirúrgico, entre otros casos posibles.

⁴ PARELLADA, C. A., *Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión Decreto N° 191/2011*, RCyS2012-X-5. PIZARRO, R. D., *Tratado de la responsabilidad objetiva*, T. II, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, n°252, p. 543. BURGOS, D., *La responsabilidad colectiva y anónima, en el Código Civil y Comercial*, RCyS2015-IV-198. ALFERILLO, P. A., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, T. VIII, Dir. Jorge H Alterini., Coord. Ignacio E. Alterini, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p.277.

⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *El daño colectivo*, en “Derecho de Daños”, Ed. La Rocca, Bs. As., 1989, p. 444.

⁶ PICASSO, S., y SÁENZ, L. R., J., *Tratado de Derecho de Daños*, T.II, Ed. La Ley, Bs. As., 2019, p. 240/241.

⁷ PIZARRO, y VALLESPINOS, (n°3), p. 528/529.

Además de la existencia de un grupo como tal, es necesario que el daño haya sido el resultado del obrar de uno o varios de sus miembros⁸.

Si se prueba que el daño ha sido causado por alguien que de ningún modo integraba el grupo, no será de aplicación esta responsabilidad, ya que en definitiva estaríamos haciendo responsable a toda una colectividad de personas por daños que ninguno de ellos cometió.

De igual modo, si todos los integrantes del grupo han participado de algún modo en la causación de daño, todos serían causalmente participantes y no habría autoría anónima tampoco.

2.- El autor o autores deben permanecer en el anonimato

La normativa solo se justifica si el verdadero causante del daño no puede ser identificado por la víctima. Si se conociera al autor concreto de la acción dañosa, sólo podría perseguirse la responsabilidad individual contra esa persona, y no habría justificación para extender la responsabilidad a terceras personas por la mera circunstancia de integrar el grupo.

Esta responsabilidad se sustenta precisamente en la dificultad para el damnificado de poder identificar al causante material del daño, circunstancia que debe subsistir en todo momento. Por ello que, si la propia víctima o algunos de los integrantes del grupo consiguieran individualizar al real causante del daño, la responsabilidad deja de ser anónima, y todos serán liberados del deber resarcitorio con excepción del causante real del daño.

En la responsabilidad anónima los integrantes del grupo se transforman en verdaderos “*causantes*” del daño por la mera condición de agruparse con el dañador y permanecer este último sin ser identificado. En caso de descubrirse al verdadero autor del mismo, automáticamente el ordenamiento beneficia al grupo ya que son eximido de responsabilidad sus integrantes, salvo el dañador.

3.- El grupo no haya realizado una actividad peligrosa

La actividad grupal no debe revestir como tal la condición de ser peligrosa para terceros, por su naturaleza, medios empleados o circunstancias de realización en base a lo preceptuado en el art. 1757 y 1758 CCCN. En ese supuesto, la responsabilidad es alcanzada por el art. 1762 CCCN⁹.

Los ejemplos que la doctrina ha dado para estos grupos que desarrollan actividades de riesgo se tienen a quienes participan en una carrera automovilista de “*picada*”, las patotas o grupo de manifestantes que provocan desmanes, los agentes contaminantes, entre otros.

4.-Relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo

Finalmente, para la configuración de esta responsabilidad se requiere la presencia de un vínculo de causalidad adecuado en los términos del art. 1726 y 1727 CCCN entre el daño sufrido por el damnificado y una conducta que previsible pueda imputarse a algunos de los integrantes del grupo en cuestión.

III.- Eximentes liberatorias de esta responsabilidad

⁸ BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9va ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p.630 y ss. AZAR, A. M. y OSSOLA, F. A., *Responsabilidad Civil*, en “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, T. III, Dir. Andrés Sánchez Herrero, Coord. Pedro Sánchez Herrero, Ed. La Ley, Bs. As. 2016, p. 793.

⁹ AZAR, y OSSOLA, (n°8) p. 801.

La regulación de la responsabilidad anónima y en particular la presunción *iuris tantum* de causalidad que por la mismas se crea en contra de todos los integrantes del grupo importa una inversión en la carga de la prueba en claro beneficio del damnificado.

La situación que se plantea en el caso de autoría anónima es en verdad dilemática, ya que obliga a elegir entre, por una parte, dejar a la víctima sin reparación por la circunstancia de permanecer anónimo el autor y, por la otra, condenar a personas “*inocentes*”, es decir no causantes reales del daño, a indemnizar el perjuicio causado por otro, por la mera circunstancia de formar parte de un grupo junto al autor anónimo.

Desde esta última perspectiva se podía plantear también que, con la finalidad de no dejar a la víctima del daño sin reparación, se crean nuevos “*damnificados*” que serían los obligados a la reparación por integrar el grupo, pero no ser autores materiales del daño. Lo anterior denota que el régimen de causalidad adecuada contemplado en los art. 1726 y 1727 CCCN no parece ser el único sistema o teoría de imputación causal adoptado en nuestro régimen de responsabilidad por daños.

El derecho da preminencia a la víctima y a la reparación de los perjuicios que ha sufrido, por encima de los intereses de las personas que no han causado el daño, transformándolos en obligados al pago bajo una suerte de “*ficción de causalidad presumida*”, se habla de una “*presunción de causalidad contra todos*”¹⁰ ya que considera que causalmente todos han contribuido al resultado perjudicial, cuando en realidad se sabe que no fue así.

Se ha justificado la solución de imputación causal a todos los del grupo, aún de los “*inocentes*”, porque primeramente se privilegia el derecho resarcitorio del damnificado, pero también por la suposición que al haber integrado o conformado el grupo cada uno de ellos en forma voluntaria con anterioridad a que se suscite el siniestro, se encontrarían en mejores condiciones que la víctima para acreditar la ausencia de intervención causal de su parte en el suceso dañoso.

En base a lo anterior, contempla la parte final del art. 1761 CCCN que quienes forman parte de ese grupo determinado de personas se liberan si demuestran el no haber contribuido a la producción del daño.

Esto último puede acreditarse, bien demostrando quien fue el verdadero causante del daño, es decir identificando al autor material y haciendo desaparecer el anonimato, o bien demostrando la falta de autoría propia, es decir sin identificar quien causó el daño se consigue demostrar la imposibilidad de imputación causal propia, a pesar de integrar el grupo.

También se eximirá si prueba la ausencia de algunos de los requisitos de esta responsabilidad sobre la cual se asienta dicha presunción. Esto sucederá si se demuestra que el daño fue causado por una persona ajena o extraña al grupo, aunque

¹⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, (n°5), p. 441. BURGOS, (n°4) p.198. OSSOLA, F. A., *Responsabilidad Civil*, en “Derecho Civil y Comercial”, Dir. Julio César Rivera y Graciela Medina, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, p. 402. PICASSO, S. y SAÉNZ, L. R. J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. VIII, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 607/608. PICASSO, y SÁENZ, (n°6) p. 246 y ss. En contra de ello se ha dicho que: “*no creemos conveniente manifestar que la relación de causalidad surja in re ipsa loquitur, o que la misma se presuma. Sino, que, como los demás requisitos de la responsabilidad debe acreditarse*”. FRÚGOLI, M. A., *Responsabilidad colectiva*, en “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, T.2, Dir. José Fernando Márquez, Ed. Zavalía, Bs. As., 2015, p. 152.

no se lo identifique, o bien directamente la inexistencia de un grupo o relación de vínculo entre la pluralidad de personas que pudieron haber causado el daño.

Si conforme a la prescripción legislativa se les atribuye causalmente un daño por participar de un determinado grupo y en realidad nunca se formó parte del mismo, no hay argumento alguno para hacer subsistir la presunción de autoría que se le imputa. Como sostiene López Mesa y Trigo Represas¹¹ la prueba por parte del sindicato como responsable de su no integración o pertenencia al grupo también lo exime de responsabilidad.

Otra posible eximente puede configurarse cuando es el propio sindicato como responsable o un tercero el que comprueba la verdadera identidad del causante del daño, es decir un integrante del grupo corrobora en definitiva quién de ellos realizó la conducta lesiva. La prueba de dicha circunstancia lo libera al miembro del grupo en la medida que el causante del daño revista para aquél la condición de un tercero por quien no debe responder, reuniendo los caracteres del caso fortuito (art. 1731 CCCN).

En cambio, se sabe que la eximente no se configurará cuando concurra causalmente la conducta del agente sindicado como responsable con el obrar de un tercero, ya que el ordenamiento legal considera que en este caso hay una situación de pluralidad de responsables.

Asimismo, entiendo también que el miembro del grupo sindicado como responsable puede igualmente desvirtuar la presunción causal para liberarse de responsabilidad, si consigue de algún modo *“achicar”* o *“disminuir”* el grupo al que se imputa el hecho. Esto podrá suceder si se consiguiera demostrar que en realidad hay un *“subgrupo”* o parte del grupo que participó del hecho del cual se derivaron los daños, y por lo tanto el sindicato como responsable no formó parte de ese subgrupo.

Piénsese en el caso de una manifestación de un sindicato, respecto de los cuales algunos integrantes anónimos causan algunos daños y es posible acreditar que de la protesta formaron parte solo una corriente interna del sindicato y no la totalidad de afiliados entre los que se encuentra el demandado. Él forma parte del grupo, pero no del subgrupo que llevó adelante la actividad en el marco de la cual se suscitaron los incidentes.

IV.- El factor de atribución

El legislador al regular la responsabilidad anónima en los arts. 1760 y 1761 CCCN omitió determinar el tipo de factor de atribución en virtud del cual se imputa responsabilidad a la persona obligada a la compensación de los daños, la que como se sabe puede ser de dos tipos: subjetiva u objetiva (art.1721 CCCN).

Si bien la parte final del art. 1721 CCCN contempla la regla subsidiaria del factor subjetivo al contemplar que: *“...En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”*, en el caso esta responsabilidad debe necesariamente tener un fundamento de tipo objetivo y no es por tanto de aplicación dicha regla.

Esto es así porque esta responsabilidad presupone la imposibilidad de identificar al causante material del daño, lo cual a su vez impide también poder hacer un análisis valorativo de imputabilidad y de reprochabilidad sobre el cual se asienta el factor subjetivo de atribución. Por ello que necesariamente la responsabilidad anónima se

¹¹ TRIGO REPRESAS, y LÓPEZ MESA, (n°2), p.297.

fundamenta en un factor objetivo de atribución que como tal prescinde de todo análisis vinculado al carácter reprobable de la conducta del agente¹².

Como explica Goldenberg *“mal puede inferirse en estos casos la existencia de una culpa cuando no ha podido siquiera establecerse la conexión causal entre la acción u omisión de un sujeto determinado y el resultado dañoso...Ello revela claramente que el fundamento de la responsabilidad es de naturaleza objetiva”*¹³.

Respecto a la precisión del factor de atribución objetivo aplicable a esta responsabilidad he tenido oportunidad de profundizar en otro trabajo¹⁴, retomando ahora algunas de las ideas allí expresadas.

La doctrina en forma mayoritaria ha emplazado la responsabilidad anónima en el factor objetivo de riesgo creado¹⁵. De suerte que se trataría en base a dicha concepción en otro caso o especie de responsabilidad por actividad riesgosa contenida en el art. 1757 y 1758 CCCN. Me permito discrepar respetuosamente con dicha concepción.

Considero que el riesgo no es el factor de atribución sobre el cual se basa la presente responsabilidad anónima, sencillamente porque la mera integración de un grupo no puede por esa sola circunstancia convertir necesariamente en peligrosa o riesgosa la actividad grupal desplegada.

Por ello no se comparte el pensamiento de Bustamante Alsina al decir que *“Todos los que integran el grupo contribuyen con su sola participación en él a crear el riesgo que se traduce en el daño anónimo a un tercero”*. El mero hecho de concurrir a un evento público como podría ser ir a un teatro en el que anónimamente se lesionó a una persona y formar parte del grupo de los asistentes al mismo, no puede transformar en peligrosa la asistencia al evento por la sola circunstancia accidental de encontrarme allí junto a otras personas en ese momento.

¹² En contra se ha expuesto que si el grupo no es riesgoso debe demostrarse la culpa. GONZÁLEZ FREIRE, J. F., *La responsabilidad civil colectiva y anónima en el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. arts. 1760, 1761 y 1762 del CCCN)*, La Ley Online: AR/DOC/136/2017. LÓPEZ HERRERA, E., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. IV, Dir. Julio C. Rivera y Graciela Medina, Coord. Mariano Esper, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p. 1135.

Sin embargo, ello importaría la carga de probar un hecho imposible ya que no puede probarse culpabilidad alguna si el agente permanece oculto o anónimo, con lo cual necesariamente esta responsabilidad debe basarse en una imputación objetiva.

¹³ GOLDENBERG, I. H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Ed. La Ley, Bs. As., 2000, n°41, p. 128.

¹⁴ MARCELLINO, L., *La equidad como fundamento de la responsabilidad anónima*, en “Revista Argentina de Derecho Civil”, Dir. Marcelo López Mesa, n°8, Ed. Lejister, cita online IJ-CMXXI-345.

¹⁵ LÓPEZ CABANA, R. M., y LLOVERAS, N. L., *La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino*, ED T.48-799. BUSTAMANTE ALSINA, (n°8), p. 631. GOLDENBERG, (n°13), p. 128. GREGORINI CLUSELLAS, E. L., *La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización*, LL 2007-F-841. PIZARRO, y VALLESPINOS, (n°3), p. 537. BURGOS, (n°4), p. 198. BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T.II, 14ª ed., actualizada por Guillermo G. Borda, Ed. La Ley., Bs.As., 2013, n°1423, p. 319. TRIGO REPRESAS, y LÓPEZ MESA, (n°2), p.294. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R., *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, T. IV, Ed. Alveroni, Cba., 2015, p.33. SAUX, E. I., *Causalidad y responsabilidad de los grupos (casos de autor anónimo y de autor identificado)*, en “Revista de Derecho de Daños”, n°2-2003, p. 305. AZAR, y OSSOLA, (n°8) p. 797. BUERES, A., *La responsabilidad colectiva (arts. 1760, 1761 y 1762 del código civil y comercial de 2014)*, en Revista de Derecho de Daños, n°3-2015, p. 83. BURGUEÑO IBARGUREN, M., *Código Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, T.10-B, Dirs. Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2019, p.321. ALFERILLO, (n°4), p.280.

Explica Pizarro¹⁶ que no toda actividad grupal es riesgosa o peligrosa en sí misma por el hecho de ser cumplida por mucho en forma colectiva. En la misma línea agrega López Herrera¹⁷ que no cualquier grupo es riesgoso, sino el que crea un peligro extraordinario para la persona o para los bienes de terceros. Todos los grupos son de algún modo peligrosos, pero para que se aplique el art. 1762 CCCN se requiere que sean “*extraordinariamente*” peligrosos.

Tampoco parece convencer que la actividad grupal por sí misma no sea riesgosa, pero sí lo sea en cambio cuando ocurre un daño y el autor material permanece en el anonimato, ya que la determinación del “*test de peligrosidad*” respecto de una actividad debe efectuarse al momento de realizarse la misma, con prescindencia de si luego el damnificado puede o no individualizar al participante dañador o si sufrió o no un daño.

Por ello tampoco se comparte la opinión de Bueres al decir que: “*En los casos de los artículos 1760 y 1761 el fundamento del deber de reparar de todos los miembros del grupo (de forma solidaria) está dado por el riesgo de que el autor permanezca en el anonimato*”¹⁸.

La actuación del hombre dentro del grupo no puede considerarse en sí misma riesgosa por la sola circunstancia de un eventual daño que puede causarse y un posible anonimato del autor. No en todos los casos de actuación grupal se produce un perjuicio, ni tampoco el autor permanece sin identificar.

No es concebible que en estos casos en los que no devino fácticamente el daño o que se logró identificar al dañador dentro del grupo automáticamente la actividad deje por esa sola circunstancia de ser peligrosa.

Ello llevaría a sustentar que la misma actividad desarrolladas por un grupo de personas en un caso sería riesgosa y en otro no, según el autor permanezca o no anónimo, de suerte que se trasladaría el análisis de la peligrosidad no al momento de desarrollarse el evento, sino con posterioridad según la víctima pueda o no identificar al causante.

Se cree, en cambio, que el carácter riesgoso de la actuación de un grupo debe provenir de otras circunstancias distinta a la mencionada anteriormente, como ser la potencialidad lesiva de la actividad para provocar daños graves y frecuentes cuando se despliega normalmente.

De igual modo tampoco puede considerarse como peligroso o riesgoso en aplicación de la disposición del art. 1760 CCCN el ser dueño u ocupante de la parte de un inmueble desde la cual se puede caer o ser arrojada una cosa por esa sola circunstancia.

Parece claro que el colocar una maceta en un balcón, la cual puede caerse y lesionar a transeúntes puede constituir una actividad de peligro en base a las circunstancias en que se realiza la acción (riesgo circunstancial conforme art. 1757 CCCN). Aunque reitero el riesgo se asienta en la alta probabilidad que la cosa se caiga dañando a terceros y no en el hecho de ser propietario o inquilino del inmueble, es decir por integrar el grupo.

¹⁶ PIZARRO, (n°4), p. 544. Igualmente: PICASSO y SÁENZ, (n°6) p. 242.

¹⁷ LÓPEZ HERRERA, (n°12), p. 1136.

¹⁸ BUERES, (n°15), p. 83.

Por ello acierta Burgos¹⁹ y Parellada²⁰ al sostener que esta responsabilidad se impone no por el hecho de pertenecer al grupo, sino por ser autor probable del daño. En este sentido, es una responsabilidad individual que se colectiviza por el hecho de resultar ignorado cuál de los autores probables fue efectivamente el autor.

Al mismo tiempo considero que en caso de que la actividad de un grupo por sus propias características sea de naturaleza peligrosa o riesgosa con el alcance establecido en el art. 1757 CCCN, entonces será de aplicación la disposición del art. 1762 y no el art. 1761 de la legislación civil. Se estaría frente a un caso de causalidad común y no alternativa²¹.

Encuadrar la responsabilidad anónima como un supuesto de responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo, termina confundiendo las hipótesis de responsabilidad del autor anónimo (art. 1761 CCCN) con la del grupo de riesgo (art. 1762 CCCN).

Precisamente uno de los requisitos contemplados de esta responsabilidad anónima, es que el grupo no desarrolle una actividad de riesgo con las características del art. 1757, primer párrafo CPCC., o sea no ser peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización²². En caso de suceder ello la hipótesis fáctica se desplaza a la prescripción del art. 1762 CCCN y resulta indiferente que el autor permanezca o no anónimo para responsabilizar a todos los integrantes del grupo.

En otra postura distinta, más afín a lo que sostengo, es compartido por Picasso y Saénz, quienes entienden que la teoría del riesgo creado es incompatible con la regulación del art. 1761 CCCN que no alude a los grupos riesgosos o que generan peligros para terceros y *“es claro que el solo anonimato del autor no tiene por qué convertir en riesgosa la actividad del grupo, más aún ex ante y no meramente deducirse de la forma en que se dañó en el caso concreto”*²³

Los autores señalan que el fundamento se basa en estos casos en una presunción legal *-iuris tantum-* de causalidad que hace responsable solidario a todos los miembros del colectivo al resultar imposible identificar al autor del daño. En consecuencia, el factor de atribución se encontraría, en su opinión, en la teoría de la prueba o de la presunción de causalidad.

Si bien se comparte sobre la existencia en favor de la víctima de una presunción legal de causalidad en estos casos de responsabilidad anónima, que autoriza a imputar el hecho dañoso a todos los miembros del grupo, pero el ordenamiento jurídico debe contener un fundamento axiológico para justificar la atribución de responsabilidad distinto a la existencia presumida de causalidad. Es justamente el factor de imputación lo que justifica o da razón a dicha presunción legal.

Si bien la determinación de un factor objetivo de atribución en algunos casos como sucede en la presente responsabilidad genera una presunción causal en beneficio del damnificado, la determinación de este elemento de la responsabilidad se debe asentar en un análisis valorativo de buenas razones para que el responsable

¹⁹ BURGOS, (n°4), p.198.

²⁰ PARELLADA,(n°4), p.5.

²¹ PARELLADA,(n°4), p.5. PIZARRO, y VALLESPINOS, (n°3), p. 547.

²² PARELLADA,(n°4), p.5. PIZARRO, y VALLESPINOS, (n°3), p. 530. BURGOS, (n°4), p.198. AZAR, AZAR, y OSSOLA, (n°8) p. 801.

²³ PICASSO y SÁENZ, (n°6) p. 245.

indemnice los daños, distinto propiamente al examen previo y material de la relación causal.

Considero que el fundamento de la responsabilidad es el factor objetivo de la equidad. La equidad se basa en una idea de justicia en el caso concreto, en el famoso precepto de Ulpiano de *“dar a cada uno lo suyo”*.

Explica Bustamante Alsina²⁴ que la equidad es un juicio de valor que hacen los jueces, el cual se exterioriza y objetiva en la sentencia judicial, por el cual en la aplicación del derecho crean la norma individual adecuada al caso concreto siguiendo un criterio de justicia particular o individual en relación a las circunstancias específicas del caso concreto que ella decide.

El legislador guiado por el sentido de justicia procura asegurar el derecho del damnificado a su reparación, cuya concreción amenaza con frustrarse ante la dificultad que tiene el damnificado para individualizar a la persona que lo dañó.

Con ese objetivo de equidad se genera la ficción legal de una causalidad presumida que se extiende a todos los integrantes del grupo por la sola condición de pertenecer al mismo, presuponiendo que éstos se encuentran en mejores condiciones de probar que no han contribuido a la producción del daño que el propio damnificado.

La equidad como factor fundante de la responsabilidad parte de la causación de un daño injusto y teniendo en consideración las circunstancias particulares del caso procura adaptar una solución de justicia concreta.

Gregorini Clusellas si bien sustenta que esta responsabilidad está basada en el riesgo creado, pero también añade que se fundamenta en la equidad. *“En cuanto a la figura de la responsabilidad colectiva, de creciente difusión, puede afirmarse que representa un aporte de equidad en la proyección hacia las nuevas fronteras del sistema general de responsabilidad civil. Ella implica una forma de socialización del daño con base en principios solidaristas asociados con la equidad, sobre la base de las cuales se procura resarcir a las víctimas”*²⁵.

Siguiendo una línea semejante Santos Briz²⁶ destaca que hay también un fundamento de solidaridad aquí que acarrea la consecuencia de personalizar la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de su representación única, ya transitoria, ya permanente.

Si bien como regla la configuración de esta responsabilidad dará derecho a una reparación plena, en base a las facultades consagradas en el art. 1742 CCCN, el juez puede con este mismo fundamento de la equidad, establecer una limitación en lo que hace a la extensión resarcitoria fundado precisamente en razones de equidad.

Es así que el juez podría, por ejemplo, en un caso de responsabilidad anónima determinar que los integrantes del grupo respondan solo por algunas de las consecuencias indemnizatorias previsibles y no por todas, o excluir como obligado al pago a alguno de los participantes y no a otros.

Siempre el ejercicio de dichas facultades de atenuación deberá estar justificadas en base a un criterio de razonabilidad (art. 3 CCCN) tomando en consideración para ello,

²⁴ BUSTAMANTE ALSINA, J., *Función de la equidad en la realización de la justicia*, LL 1990-E-628.

²⁵ GREGORINI CLUSELLAS, (nº15), La Ley Online: en AP/DOC/1527/2013. Lo mismo es compartido por: TANZI, S. Y., y CASAZZA, M. S., *Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial*, LL 2015-A-745. BURGOS, (nº4), p.198.

²⁶ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 2ª ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, p. 269.

el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (art. 1742 CCCN).

V.- Bibliografía

ALFERILLO, P. A., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, T. VIII, Dir. Jorge H Alterini., Coord. Ignacio E. Alterini, Ed. La Ley, Bs. As., 2015.

AZAR, A. M. y OSSOLA, F. A., *Responsabilidad Civil*, en "Tratado de Derecho Civil y Comercial", T. III, Dir. Andrés Sánchez Herrero, Coord. Pedro Sánchez Herrero, Ed. La Ley, Bs. As. 2016

BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T.II, 14ª ed., actualizada por Guillermo G. Borda, Ed. La Ley., Bs.As., 2013.

BUERES, A., *La responsabilidad colectiva (arts. 1760, 1761 y 1762 del código civil y comercial de 2014)*, en Revista de Derecho de Daños, n°3, Ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

BURGUEÑO IBARGUREN, M., *Código Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, T.10-B, Dirs. Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2019.

BURGOS, D., *La responsabilidad colectiva y anónima, en el Código Civil y Comercial*, RCyS2015-IV-198.

BUSTAMANTE ALSINA, J., *Función de la equidad en la realización de la justicia*, LL 1990-E-628.

BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9va ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997.

FRÚGOLI, M. A., *Responsabilidad colectiva*, en "Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", T.2, Dir. José Fernando Márquez, Ed. Zavalía, Bs. As., 2015.

GOLDENBERG, I. H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Ed. La Ley, Bs. As., 2000.

GONZÁLEZ FREIRE, J. F., *La responsabilidad civil colectiva y anónima en el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. arts. 1760, 1761 y 1762 del CCCN)*, La Ley Online: AR/DOC/136/2017.

GREGORINI CLUSELLAS, E. L., *La responsabilidad colectiva. Alcance y efectivización*, LL 2007-F-841.

LÓPEZ CABANA, R. M., y LLOVERAS, N. L., *La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino*, ED T.48-799.

LÓPEZ HERRERA, E., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. IV, Dir. Julio C. Rivera y Graciela Medina, Coord. Mariano Esper, Ed. La Ley, Bs. As., 2015.

LORENZETTI, R., *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D-1058.

MARCELLINO, L., *La equidad como fundamento de la responsabilidad anónima*, en "Revista Argentina de Derecho Civil", Dir. Marcelo López Mesa, n°8, Ed. Lejister, cita online IJ-CMXXI-345.

OSSOLA, F. A., *Responsabilidad Civil*, en "Derecho Civil y Comercial", Dir. Julio César Rivera y Graciela Medina, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016.

PARELLADA, C. A., *Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión Decreto N° 191/2011*, RCyS2012-X-5.

PICASSO, S. y SAÉNZ, L. R. J., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. VIII, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

PICASSO, S., y SÁENZ, L. R., J., *Tratado de Derecho de Daños*, T.II, Ed. La Ley, Bs. As., 2019.

PIZARRO, R. D., *Tratado de la responsabilidad objetiva*, T. II, Ed. La Ley, Bs. As., 2015.

PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, G. C., *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 2ª ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

SAUX, E. I., *Causalidad y responsabilidad de los grupos (casos de autor anónimo y de autor identificado)*, en "Revista de Derecho de Daños", n°2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

TANZI, S. Y., y CASAZZA, M. S., *Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial*, LL 2015-A-745.

TRIGO REPRESAS, F. A., LÓPEZ MESA, M. J., *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2004.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *El daño colectivo*, en "Derecho de Daños", Ed. La Rocca, Bs. As., 1989.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R., *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, T. IV, Ed. Alveroni, Cba., 2015.

Función Preventiva del Derecho de Daños: Implicancias Sustanciales y Procesales

Por Matías Machado¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Funciones del Derecho de Daños. Función Preventiva de la responsabilidad Civil. Tratamiento General. II.1.-La Función Resarcitoria. II.2.- La Función Sancionatoria. II.3.- La Función preventiva III.- La regulación de la función preventiva en el derecho argentino. III.1.- Tutela sustancial inhibitoria. III.1.A.- La Constitución Nacional III.1.B.- La Ley General del Ambiente. III.1.C.- La ley de Defensa del Consumidor III.1.D.- El régimen legal de la propiedad intelectual. III.1.E.- El Código Civil y Comercial. III.1.E.a.- El deber de prevención. III.1.E.b.- La acción preventiva. III.1.E.c.- Los legitimados activos. III.1.E.d.- La sentencia. III.1.E.e.- Conclusión parcial III.1.E.f.- Otras disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación III.2.- Tutela procesal inhibitoria. IV.- La actuación oficiosa del juez IV.1.A.- Daños a la integridad psicofísica. IV.1.B.- Prevención de daños al ambiente IV.1.C.- Daños derivados de la lesión a la intimidad, el honor y la imagen: la censura previa y la prevención de daños IV.1.D.- Daños causados en el marco de una relación contractual IV.2.- Intervención de oficio por parte del magistrado en el trámite del proceso. V.- Conclusión. VI.- Bibliografía.

Resumen: La función preventiva del derecho de daños se encuentra plenamente reconocida en nuestra Constitución, en el Código Civil y Comercial de la Nación y en diversas leyes especiales. La pretensión preventiva debe ser ejercida de acuerdo a los requisitos previstos en las leyes vigentes, a través de las vías procesales reconocidas en las normas de carácter adjetivo de cada jurisdicción. El juez tiene permitido actuar de oficio a los fines de evitar la producción de daños o la posibilidad de su agravamiento. Pero la extensión de esta posibilidad de actuar se encuentra determinada por el tipo de perjuicio que se busca prevenir, ya que, de acuerdo al bien jurídico que se busca proteger, sus facultades podrían verse ampliadas o restringidas.

¹ Abogado (UNC). Magister en Derecho Civil Patrimonial Escribano (Siglo 21). Profesor de Derecho Privado VII (Daños) en la Universidad Nacional de Córdoba

Palabras clave: Funciones del derecho de daños – función preventiva – tutela procesal y sustancial

Keywords: Tort law functions – preventive function – procedural and substantial protection

Abstract: The preventive function of the tort law is fully recognized in our Constitution, in the Civil and Commercial Code of the Nation and in various special laws. The preventive claim must be exercised in accordance with the requirements set forth in the laws, through the procedural channels recognized in the procedural rules of each jurisdiction. The judge is allowed to act *ex officio* in order to avoid the production of damages or the possibility of their aggravation. The extent of this possibility of acting is determined by the type of damage that is sought to be prevented, since, according to the legal asset that seeks to protect, its powers could be expanded or restricted.

I.- Introducción

En el presente trabajo, se propone un análisis de la función preventiva del derecho de daños en sus diferentes facetas.

A tales fines, comenzaremos con un examen general de dicha función determinando: concepto, caracteres y requisitos, para luego proceder a su estudio en el marco del sistema jurídico argentino.

Posteriormente pondremos énfasis en las facultades otorgadas a los jueces para actuar de oficio, aun en los casos en los que no haya sido solicitado por las partes, con la finalidad de evitar la producción de perjuicios futuros, disminuir su magnitud o impedir el agravamiento de los ya acontecidos.

Luego, se procederá a determinar cuáles son los requisitos de actuación que exige la normativa vigente, en que supuestos los magistrados podrán intervenir y las particularidades que se pueden suscitar al aplicar esta facultad, de acuerdo a cuál sea el derecho afectado en cada caso particular.

Seguidamente, estableceremos en qué tipo de procesos y en qué momento de los mismos se podrá disponer de oficio obligaciones de dar, hacer, o no hacer, con el objeto de tornar operativo el mandato preventivo reconocido en las normas a las que se alude.

Finalmente, nos ubicaremos en el marco del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, con el objeto de observar si existen normas en este cuerpo normativo que puedan facilitar la aplicación oficiosa de la función del derecho de daños bajo análisis. Cabe destacar, que a pesar de que este Código tiene un carácter netamente dispositivo y garantista se pueden observar determinadas disposiciones dentro de su plexo normativo que pueden ser de utilidad en estos casos.

II.- Funciones del derecho de daños. Función preventiva. tratamiento general

El derecho de daños puede ser abordado a través de tres funciones reconocidas por la mayoría de la doctrina argentina. Ellas son:

II.1.- La Función Resarcitoria: por medio de la cual se busca reparar los perjuicios injustamente causados por su autor y volver a poner a la víctima, dentro de lo posible, en la situación en la que se encontraba antes de la producción del hecho dañoso. Así, se le reconoce a los legitimados activos la posibilidad de reclamar un pago en especie o una indemnización por equivalente pecuniario, aclarando que, en la mayoría de los casos de daños extrapatrimoniales sufridos por la víctima, la indemnización tendrá un carácter meramente satisfactivo. En otras palabras, la

responsabilidad resarcitoria nace por el daño causado o por el daño no evitado e implica una obligación de repararlo, en dinero o en especie².

Esta función encuentra su fundamento en el principio de reparación plena o integral y en el principio de no dañar a otro, reconocidos en el art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) y 19 de la Constitución Nacional (CN), al igual que en la Jurisprudencia de la Corte suprema en fallos como “Santa Coloma”, “Gunther”, “Lujan”, “Aquino” y “Ontiveros”³, entre otros.

Los presupuestos necesarios para que exista responsabilidad Civil son: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución.

La extensión del deber de reparar, que surge de los presupuestos anteriormente citados, se encuentra limitada por el régimen predeterminado de imputación de consecuencias fijado en el ordenamiento jurídico. Se resarcen las consecuencias que tengan relación causal adecuada con el hecho dañoso, tomando en cuenta una idea de causalidad, no material, sino jurídica.

II.2.- La Función Sancionatoria: como su nombre lo indica se trata de multas o sanciones que se imponen al autor del daño, con total independencia de la indemnización que le correspondería abonar por los daños causados, a través de las cuales se intenta castigar graves inconductas, dismantelar los efectos lucrativos del ilícito y prevenir la causación de daños futuros desalentando conductas orientadas a ocasionarlos.

Existen diversos institutos- tales como la cláusula penal o las sanciones conminatorias- a los que se les ha asignado el carácter de sanciones aquí analizado, dentro de los cuales cabe destacar a los daños punitivos, que “...*sólo proceden en supuestos de particular gravedad: a) calificados por grave menosprecio a los intereses ajenos. b) obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito. c) por abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva en materia de consumo.*”⁴.

Se trata de “...una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo”⁵.

Asimismo, cabe aclarar que este instituto solo es aplicable en el marco de las relaciones de consumo, conforme lo dispuesto en el art. 52 bis. de la ley 24.240.

² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Actuaciones por daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 43.

³ CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/1986 Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV- 625, CSJN, “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina.”, 05/08/1986, Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV- 653. CSJN, “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina.”, 05/08/1986, Fallos 308: 1109, CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, Fallos: 327:3753 y CSJN, “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.”, 10/08/2017.

⁴ Despacho unánime de la Comisión 4: derecho de daños en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata.

⁵ GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. - VENIER, María Eugenia, “Otra vez sobre los daños punitivos”, La ley online, cita online AR/DOC/4243/2016.

II.3.- La Función preventiva: en sus comienzos, el derecho de daños ponía énfasis pura y exclusivamente en la reparación de los perjuicios, cuestión que ha ido mutando a lo largo de los años por una enorme expansión de un sinnúmero de actividades riesgosas que traen aparejadas mayores posibilidades de causación de perjuicios. En la actualidad se toma en consideración el hecho de que, si se produce un daño, esta situación importa una pérdida irremediable para la sociedad en su conjunto de valores de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial; situación que asume un mayor grado de relevancia cuando en casos en los cuales la reparación del derecho lesionado se torna dificultosa o, lisa y llanamente, imposible, como es el caso de los daños al ambiente o la integridad psicofísica⁶.

Como consecuencia de ello, desde hace ya algunos años -incluso con anterioridad a su reconocimiento específico en el CCCN - la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país comenzó a otorgar una mayor importancia a esta función, que en esencia, consiste en evitar la producción de perjuicios no justificados, o llegado el caso, evitar su agravamiento, al imponer al posible dañador la obligación de cesar con actividades potencialmente lesivas o, en su caso, haciéndolo adoptar las medidas necesarias a los fines de salvaguardar los derechos e intereses de terceros.

Una postura coincidente con la que manifestamos ha sido sostenida por Zavala de González que ha exteriorizado que *"...La visión tradicional era escéptica y de algún modo facilista: estudio sobre daños y modos de repararlos, mediante impecables elaboraciones. La actitud moderna es más ambiciosa y aproximada a un ideal de justicia realista. La eficiencia arranca de una actitud optimista, no ingenua sino esforzada: hacer todo lo posible para que los daños no ocurran. Cambian las reglas del juego: la de 'contamino y pago, porque igualmente gano', ha sido reemplazada por una prohibición rotunda: 'no contamine'"*⁷. Asimismo, se ha expresado que *"...frente a la aparición de nuevas formas de daños, muchas de ellas masivas y que afectan derechos esenciales de la persona humana, esta función preventiva del derecho de daños cobra importancia fundamental, y de ahí que sea positivo su incorporación en un código de fondo. Y tal función aumenta su importancia en aquellos sectores en que la reparación in natura es inviable, tales como los daños al medio ambiente o a los derechos de la personalidad."*⁸

Debemos destacar que este deber de prevención es impuesto tanto a los particulares como a los magistrados de manera específica, por lo que, en los casos en los que sea posible, deberán adoptar todas las medidas tendientes a impedir la producción, propagación y agravamiento de daños que sean objetivamente previsibles.

Asimismo, es importante aclarar que esta función encuentra su fundamento en el principio *alterun non laedere*, reconocido en el art. 19 de la Constitución Nacional, por medio del cual, se puede inferir el deber de prevención que pesa sobre toda persona. Es decir, que no encuentra reconocimiento expreso solo en el ámbito del derecho privado, sino que sus efectos se propagan a otras ramas del derecho, como por ejemplo el derecho público o el derecho ambiental.

⁶ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), "Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil", Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III, p. 451/452.

⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "El derecho de daños", Zeus Córdoba, t. 4, 2004, p. 230 y ss.

⁸ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C, 726.

Siguiendo a Pizarro y Vallespinos, podemos decir que existen dos formas de prevención⁹:

Prevención de carácter general: que opera por medio de mecanismos de disuasión a través de los cuales, a los fines de evitar la producción de un daño, se realiza una amenaza efectiva de una consecuencia legal en caso de que el perjuicio se efectivice. Un claro ejemplo de este tipo de prevención son las sanciones pecuniarias disuasivas o daños punitivos regulados en el art. 52 bis. de la ley 24.240.

Prevención de carácter específico: que se realiza mediante la imposición a determinados sujetos de deberes especiales, a los fines de controlar o aminorar la actividad por ellos desplegada, adoptando mecanismos para impedir la consumación del daño o detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.

En la actualidad la función preventiva del derecho de daños encuentra amplia aceptación, tanto en su aspecto formal como sustancial, en el ordenamiento Jurídico argentino que regula de manera específica los mecanismos para su correcta aplicación. Sin embargo, corresponderá implementar este instituto conforme los principios de razonabilidad y buena fe, tomando en cuenta que, en algunos casos, su utilización podría llegar a afectar de manera excesiva derechos y libertades del potencial dañador, que, en muchos casos, tendrán reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos.

III.- La regulación de la función preventiva en el derecho argentino

Existen numerosos instrumentos en nuestro ordenamiento jurídico por medio de los cuales se aplica de manera efectiva del principio de prevención y se efectiviza la tutela inhibitoria, tanto de carácter sustancial como procesal.

Resulta importante destacar, que con anterioridad a la sanción del CCCN, este principio se encontraba reconocido, de manera directa o indirecta, en otros dispositivos legales y en el mismo Código Civil derogado, por lo que fue aplicado en numerosas oportunidades en los tribunales de nuestro país.

III.1.- Tutela sustancial inhibitoria

Es aquella que, a través de disposiciones legales de carácter sustancial o de fondo, *"...tiene por objeto directo la prevención mediante una orden judicial, para impedir que se cause el daño (en caso de amenaza de lesión) o bien, para que cese su producción (si la actividad ofensiva ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración). Inhibir equivale entonces a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura"*¹⁰.

A continuación, realizaremos un breve análisis de las principales normas que dan sustento a una teoría de la tutela sustancial inhibitoria.

III.1.A.- La Constitución Nacional

El art. 43 de nuestra Constitución permite interponer acción de amparo contra todo acto u omisión de particulares o del estado que lesione, restrinja altere o amenace,

⁹ PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de Responsabilidad Civil", Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, , 2017. T.I, p. 809 y sig. Conf. ACCIARRI Hugo A. en "Funciones del derecho de daños y de prevención" LA LEY 2013-A, 717.

¹⁰ CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)" RCyS2018-III, 20 conf. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", RCyS, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 1.

con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos en nuestra carta magna. Como se puede observar, conforme el artículo citado, se permite el ejercicio de esta acción ante la mera posibilidad de que se cause un daño que pueda afectar derechos constitucionales, sin que sea necesario que este perjuicio se haya efectivizado.

El art. 42 de la CN regula el derecho de todos los habitantes de la nación a gozar de un ambiente sano y equilibrado. Asimismo, establece el deber de preservarlo y la obligación de no comprometer las necesidades de las generaciones futuras.

Por otro lado, el art. 41 de la normativa citada regula la protección de los derechos de los consumidores - entre los que se destaca la salud y la seguridad de estos últimos - y establece que la legislación instaurará procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

El principio de prevención del daño se puede extraer de los artículos analizados con anterioridad y del artículo 19 de la Constitución Nacional, dado que, si existe un deber de no dañar a otro, lógicamente existirá el deber de hacer cesar las amenazas de daño existentes que sean contrarias al ordenamiento jurídico integralmente considerado.

III.1.B.- La Ley General del Ambiente

El artículo 2 de esta ley establece entre sus objetivos en el inc. g) *“Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;”*. A su vez dispone en el inc. k) del artículo citado que corresponderá *“Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales...”*. De la misma forma, en su artículo 4 se consagra el principio de prevención en los siguientes términos: *“Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”*. Pero esta norma va más allá aún ya que, de la misma forma, reconoce el principio precautorio, en relación al cual dispone que: *“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.”*

Al analizarlo, podemos observar que *“Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, con base en un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible.”*¹¹. A ello corresponde agregar que, la *“...aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener*

¹¹ CAFFERATTA, Néstor A., “Prueba y nexo de causalidad en el daño ambiental en 6° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Memorias 2007, México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, p. 78.

*el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*¹²

Cabe aclarar, que la ley general del ambiente en su art. 30 otorga a los particulares una amplia legitimación para solicitar la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Asimismo, en su art. 32 se dispone que *“En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse...”* y aclara que el juez *“...podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.”*

El sistema de prevención de la ley ambiental es aún más generoso que el de los arts. 1711 a 1713 del CCC, tanto en lo que respecta a la legitimación para accionar (que no requiere ni siquiera evaluar la razonabilidad del interés alegado) como al principio precautorio, propio del ámbito ambiental y que no encuentra un equivalente en el CCC¹³.

En suma, se le otorga una enorme importancia a la prevención de daños en materia ambiental de manera totalmente acertada, ya que en muchos casos los detrimentos causados pueden llegar a ser de una difícil o imposible reparación. De esta manera y en conjunción con el principio de desarrollo sostenible, se deberá garantizar la existencia de un ambiente sano y equilibrado, conforme lo dispuesto en el art. 41 de la constitución.

III.1.C.- La ley de Defensa del Consumidor

El artículo 52 de la ley 24.240 establece que los consumidores y usuarios podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses se vean afectados o amenazados. Asimismo, el art. 55 de esta ley otorga legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios en el caso en que resulten objetivamente afectados o amenazados sus intereses.

Como se puede observar, al utilizar el término “amenazado”, se otorga legitimación para accionar con anterioridad a que el daño haya ocurrido a los fines de evitar su causación en el marco de las relaciones de consumo.

Del mismo modo, podemos decir que la Ley 24.240 busca la prevención de daños que potencialmente podrían ser causados a consumidores y usuarios, imponiendo la obligación de cumplimentar determinadas conductas obligatorias con los proveedores, productores, distribuidores y quienes intervienen en la cadena de intermediación y producción de bienes y servicios.¹⁴

III.1.D.- El régimen legal de la propiedad intelectual

La ley 11.723 en su artículo 79 establece que los jueces podrán disponer preventivamente la suspensión de los espectáculos contemplados en dicha normativa, el embargo de las obras denunciadas y del producto que se haya percibido. De la misma manera, les otorga a los magistrados amplias facultades para adoptar toda medida que sirva para la protección de los derechos amparados en esa ley.

¹² CSJN, 26/03/2009, “Salas, Dino y otro c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional”.

¹³ PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. “Tratado de Derecho de Daños”, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T.I, p. 138.

¹⁴ MONJO, Sebastián y ARGANARAZ, Mariángel en Dir. MARQUEZ, José Fernando, “Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. T.I, p. 34.

III.1.E.- El Código Civil y Comercial

Más allá de que la función preventiva del derecho de daños fue reconocida por numerosos autores, no se encontraba regulada de manera expresa en el Código de Vélez Sarsfield. Esto cambió con la sanción del CCCN que la incorporó en los arts. 1710 a 1713 de dicho cuerpo normativo.

III.1.E.a.- El deber de prevención

EL artículo 1710 dispone: *“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”*

El deber de prevención establecido en este artículo está dirigido a toda persona, tanto particulares como el estado. Coincidimos con Pizarro y Vallespinos al afirmar que no resultaría razonable adoptar una solución contraria en virtud de lo dispuesto en los arts. 1764 y 1765 del CCCN, dado que el deber de prevención que se le impone a un particular nunca podría ser superior al que en las mismas circunstancias le correspondería al Estado. Por tanto, si esta norma no se le aplica de manera directa al Estado, todavía subsiste la posibilidad de imponerle este deber de prevención de manera analógica¹⁵.

Esta disposición resulta aplicable no solo a los potenciales dañadores sino también, como veremos a continuación, a quienes se encuentren en condiciones de evitar la causación del perjuicio o de mitigar su magnitud.

Ahora bien, cabe aclarar que cuando este artículo impone el deber de prevenir a toda persona agrega una limitación a esta obligación, ya que, añade la frase “en cuanto de ella dependa”. Esta afirmación nos lleva a pensar que solo se le podrá exigir esta conducta a los potenciales dañadores y a aquellos terceros que, razonablemente, de acuerdo a los parámetros del principio de buena fe y conforme a las circunstancias del caso tengan la posibilidad de evitar la producción del menoscabo o detrimento, dentro de su esfera de actuación.

Se consagra el deber general de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes a impedir o producir el agravamiento del daño. Se debe realizar una valoración desde la relación causal de acuerdo a un criterio objetivo y abstracto, acerca de la posibilidad del daño y su evitación que, necesariamente, luego debe atender a las circunstancias de persona tiempo y lugar, que deben ser apreciadas en concreto¹⁶.

El deber de intervenir debe ser calibrado conforme el principio de libertad, ponderando el riesgo que supondría actuar según las circunstancias del caso, es decir, *“... se impide que se puedan exigir a los legitimados pasivos, conductas sobrehumanas o heroicas para prevenir el daño o su agravamiento, o que se obligue*

¹⁵ PIZARRO, y VALLESPINOS, (n.6) p. 824 y PIZARRO, Ramon D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, LA LEY SJA 20/09/2017, 39.

¹⁶ GALDOS, Jorge Mario. “La Responsabilidad Civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN”, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2021, T.I., p. 223.

*a alguien a realizar actos de abnegación o altruismo que pongan en riesgo su vida o salud*¹⁷.

Este artículo impone tres tipos de conducta:

En su inc. a. establece el deber de evitar todo daño que no esté justificado. Este supuesto debe ser interpretado conforme lo dispuesto en los arts. 1717 y 1718 del CCCN. Con esto queremos decir que se debe evitar causar todo daño que provenga de una conducta positiva u omisiva que sea antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Estaríamos por tanto frente a una antijuridicidad material. Cabe aclarar, sin embargo, que el despacho mayoritario de la comisión número cuatro de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil optó por un criterio diferente y realizó una distinción según el ámbito de responsabilidad del cual pudiera tratarse.¹⁸

El Inc. b impone el deber de adoptar las medidas razonables conforme el principio de buena fe y de acuerdo a las circunstancias del caso, a los fines de evitar que se cause un daño o disminuir su magnitud. Pizarro y Vallespinos afirman que lo dispuesto en este inciso está orientado a *“...situaciones de peligro o agravación de daño originadas en la acción u omisión de terceros extraños o, inclusive, fortuitas”* y sostienen que este deber de prevención solo deberá ser impuesto a terceros en los casos en los que exista una norma que imponga un deber determinado de actuar o en los que pueda configurarse un abuso de derecho si el agente se abstiene de actuar.¹⁹

Por último, el inc. c se refiere al supuesto en el cual el daño ya se ha producido y está orientado a evitar que este perjuicio se agrave, imponiendo el deber de adoptar conductas tendientes a disminuir su magnitud o entidad cualitativa como también destinadas a evitar su continuación, extensión o prolongación²⁰. Esta disposición está dirigida tanto a quien causó el daño como a la propia víctima que podría permitir que el menoscabo producido se agrave para reclamar un resarcimiento mayor.

III.1.E.b.- La acción preventiva

Por otro lado, el art. 1711 del CCCN establece que: *“La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”*

La pretensión preventiva regulada en este artículo debe ser encausada por uno de los medios procesales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, como ser el amparo, las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares o, incluso, como pretensión principal en el marco de un proceso de conocimiento.

¹⁷ CALVO COSTA (n.7), conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", t. I, p. 186; OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil" en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 175; y PIZARRO, Ramón D., "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales", JA 2017-III, 20/09/2017, número especial por las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, p. 50.

¹⁸ Despacho aprobado por mayoría de la Comisión 4: derecho de daños en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata: "La antijuridicidad a la que alude el art. 1711 del CCCN, debe ser aprehendida, según el ámbito como: a) En un sentido material, en lo extracontractual. b) En un sentido formal, en lo contractual."

¹⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, (n.6) p. 829/830.

²⁰ MONJO y ARGANARAZ, (n.9) p. 50.

Dado que no se encuentra determinada de manera específica en este artículo cual sería la vía procesal más idónea, en los casos en los que no se encuentren cumplimentados los presupuestos que permitan tramitar esta pretensión, por los caminos mencionados en el párrafo anterior, consideramos que deberá ser viabilizada en el marco del proceso conocimiento más abreviado posible (volveremos sobre esta cuestión más adelante)²¹.

Asimismo, nada impide que pueda ser esgrimida de manera simultánea con otra pretensión de naturaleza resarcitoria.²²

Los requisitos para el ejercicio de esta pretensión son los siguientes:

Que exista una acción u omisión que genere un peligro de daño que no esté justificado. Es decir, que debe haber una posibilidad razonable que se afecte o lesione un interés no ilegítimo de una persona, sea este individual o difuso²³.

La conducta de quien actúa u omite actuar debe ser materialmente antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado (conf. art. 1717 y 1718 del CCCN).²⁴

La acción u omisión debe tener aptitud causal para provocar un daño o su agravamiento. El daño debe ser objetivamente previsible aplicando los estándares de la causalidad adecuada.

Es necesario que haya una amenaza cierta de daño o que exista la posibilidad de su agravamiento, que deberá ser razonablemente previsible. Si el perjuicio ya se hubiera producido, lógicamente no procederá la acción preventiva y solo se podría reclamar su reparación.

No es exigible la concurrencia de factor de atribución alguno, conforme lo prescribe de manera expresa la norma.²⁵

Como se afirmó supra, debe existir una posibilidad de evitar la causación del perjuicio, dentro de la esfera de actuación del potencial responsable, tomando como parámetros las circunstancias del caso y los principios de buena fe y libertad.

Existen quienes agregan como requisito a la inexistencia de un peligro grave y concreto para la vida o la salud del agente sobre quien pesa el deber de actuar²⁶.

²¹ Cabe aclarar que existen quienes no comparten esta postura y consideran que "... el hecho de que se inicie una acción preventiva no implica *per se* que deba acudir necesariamente a un procedimiento de conocimiento abreviado (v. gr. sumarísimo o de amparo). La urgencia que pudiera existir en la conjuración del peligro existente en la producción del daño puede y debe tener respuesta adecuada a través del sistema de medidas cautelares o, en su caso, por vía de la tutela preventiva. En tal sentido, no consideramos adecuado que se pretenda imponer como regla que la acción preventiva deba tramitar necesariamente por vía sumarísima, como se establecía en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación antes citado." (FONTANA, Arturo Emilio, "Acción preventiva. Elementos para su regulación procesal", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/1035/2023)

²² Despacho unánime de la Comisión 4: derecho de daños en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata.

²³ MARCELLINO, Leonardo, "El alcance del deber preventivo y sus destinatarios", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/2690/2022

²⁴ En sentido contrario, Vázquez Ferreyra afirma que la antijuridicidad en el marco de la pretensión preventiva es formal: VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material" RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3 - RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1.

²⁵ A favor de esta disposición OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016 N° 115, b), p. 177. En contra PIZARRO (n.10). -

²⁶ GALDOS (n.11), p. 233

III.1.E.c.- Los legitimados activos

Posteriormente, el artículo 1712 dispone: *“Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.”*

Esto quiere decir que podrá reclamar en el marco de la acción preventiva quien acredite *“...ser titular de un derecho o de un interés razonable no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, amenazado por la conducta del demandado.”*²⁷

Como se puede observar, la valoración del derecho o el interés no reprobado que pueda llegar a verse potencialmente afectado debe ser APRECIADO conforme el concepto de daño en sentido amplio contenido en el artículo 1737 del CCCN.

III.1.E.d.- La sentencia

Por último, el art. 1713 del CCCN establece: *“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”*

Este artículo otorga amplias facultades a los jueces a los fines de evitar la causación de daños, permitiéndoles ordenar al legitimado pasivo, la entrega de una cosa, la realización de determinada actividad o el cese de determinada conducta.

La resolución dictada por el tribunal puede tener carácter provisorio, como en los casos de las medidas cautelares, o definitivo. Esto quiere decir que debe ser una sentencia de fondo que puede ser dictada en el marco de una acción preventiva, o incluso en otro tipo de juicios en los que el magistrado advierta que existe una amenaza de daño.

Es que, lejos de aplicarse solamente a la sentencia definitiva en un proceso de conocimiento, la norma se refiere en general a las facultades que los magistrados tienen frente a cualquier pretensión de naturaleza preventiva, más allá de cuál sea la vía procesal por la que aquella se dedujo²⁸.

A los fines de asegurar la prevención del daño los magistrados deben adoptar las medidas necesarias a pesar de que no estén previstas en las normas de carácter adjetivo existentes. *“...como nos enseña la Corte Suprema en los precedentes “Camacho Acosta” y “Pardo”, el juez debe asegurar la tutela judicial efectiva, aún a falta de institutos procesales adecuados, reinterpretando o integrando analógicamente, las herramientas brindadas por el Código de rito a las particularidades del caso y los principios constitucionales.”*²⁹

El tribunal debe ponderar los criterios de menor restricción posible, sopesando los derechos en juego y afectando lo menos posible la libertad del legitimado pasivo. Para esto deberá utilizar el medio más idóneo, es decir, utilizar el remedio o herramienta más eficaz en el caso concreto para cumplir con su cometido conforme los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

El juez resolverá a pedido de parte o de oficio en estos casos. Esta última cuestión será tratada con mayor detenimiento en otra sección de este trabajo.

²⁷ PIZARRO (n.10).

²⁸ PICASSO y SAENZ (n.8) p. 121.

²⁹ MONJO y ARGANARAZ, (n.9) p. 56.

III.1.E.e.- Conclusión parcial

En suma, las normas analizadas imponen un deber de prevención generalizado que recae sobre toda persona y del cual surge la obligación de evitar causar daños, disminuir su magnitud o evitar su agravamiento. Se otorga una amplia legitimación a los fines de iniciar una acción preventiva, que podrá ser ejercida siempre que exista una acción u omisión materialmente antijurídica, que genere una amenaza de daño objetivamente previsible y que exista una posibilidad de evitar la producción de este perjuicio por parte de los legitimados pasivos, tomando como parámetros las circunstancias del caso y los principios de buena fe y libertad.

Por otro lado, el magistrado resolverá, a pedido de parte u oficiosamente, y tomará las medidas que considere más idóneas conforme el principio de razonabilidad, ordenando a los potenciales dañadores que cumplan con obligaciones de dar, hacer y no hacer.

III.1.E.f.- Otras disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación

Existen numerosas disposiciones relacionadas con la prevención del daño en el CCCN que no están incluidas dentro de los artículos analizados. Atento a que no resultarán tema de análisis en el presente trabajo simplemente realizaremos una mera enunciación de las mismas.

El art. 10 donde se impone al juez el deber de *“...ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva...”*;

El art. 52 por medio del cual se permite a las personas afectadas en su dignidad solicitar la adopción de medidas preventivas en concordancia con lo dispuesto en el art. 1770.

El art. 1032 que otorga la posibilidad a una parte del contrato para *“...suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia”*

Por otro lado, el art. 1973 dispone que *“Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación...”* en los casos en los que las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos excedan la normal tolerancia.

Según el art. 2242 la acción de mantener la tenencia o la posesión comprende *“...la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.”* Asimismo, establece que la sentencia *“...debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse”*.

III.2.- Tutela procesal inhibitoria

La tutela procesal inhibitoria esta referida a los mecanismos procesales que nos brindan las normas de carácter adjetivo, que componen nuestro ordenamiento jurídico, destinados a hacer efectiva la finalidad preventiva prevista en el derecho de fondo.

Dentro de estos mecanismos, Peyrano distingue a las acciones preventivas urgentes de las acciones preventivas sin peligro en la demora y afirma que *“Las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que por ahora es una mera amenaza. Esta categoría, claro está, es la que por lo común admite en*

*su seno medidas cautelares y también tutelas anticipadas. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza de daño no es inminente, sino una donde, conforme al orden normal y corriente de las cosas, transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse*³⁰.

La acción preventiva propiamente dicha no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico adjetivo y tampoco se ha especificado en los arts. 1710 a 1713 cual es la vía procesal a través de la cual se debe sustanciar la pretensión preventiva. Sin embargo, existen determinados mecanismos previstos en el derecho argentino que se pueden adecuar a este tipo de pretensiones. Uno de ellos, es la acción de amparo, que podrá ser iniciada siempre que se encuentren acreditados los requisitos para su procedencia, que surgen del art. 43 de la CN y de la Ley 16.986 en el ámbito nacional.

Ahora bien, cuando no sea viable iniciar un reclamo preventivo por medio de la acción de amparo, en virtud de la inexistencia de un trámite especial previsto para estos casos, consideramos que esta pretensión deberá ser tramitada por medio de los procesos de conocimiento que correspondan y estén previstos en los ordenamientos jurídicos provinciales o en el federal. Sostenemos que, teniendo en cuenta que en muchos casos este tipo de pretensiones estarán caracterizadas por la necesidad de una rápida resolución, deberán ser efectivizadas por medio de tramites en los que haya mayor celeridad, por lo cual corresponderá aplicar el procedimiento más abreviado posible³¹.

Uno de los que podemos mencionar es el juicio sumarísimo regulado en el art. 498 del CPCCN que establece que el juez *“...teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso.”* De la misma forma debemos mencionar el art. 321 de dicho cuerpo legal según el cual *“Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: (...) 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada*

³⁰ PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs.As. 2004, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. P. 61.

³¹ En este sentido, CALVO COSTA (n.7) ha manifestado que "A priori, más allá de la imperiosa necesidad de regulación procesal específica que existe al respecto, debemos destacar que no podría llevarse a cabo la finalidad preventiva del instituto, sin que este se lleve a cabo con urgencia, tal como podría realizarse con un proceso sumarísimo". En un sentido similar, SUAREZ MONTES, Marcos E., SUAREZ MONTES, Rodrigo M. y MOYANO, Javier "La función Jurisdiccional preventiva", Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación, edición N°1 del 2018. En contra, MEROI, Andrea A. en "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños" RCCyC 2016 (abril), 70 - RCCyC 2016 (abril), que considera que "A falta de un trámite especial en nuestros ordenamientos procesales para dar cauce a la pretensión preventiva de daños, habrá que estar a las normas generales; en otras palabras —y a menos que se den circunstancias especiales— la pretensión habrá de tramitar por la vía del juicio ordinario."

esta vía acelerada de protección." (el subrayado y el destacado me pertenecen). Esta disposición le brinda la posibilidad al juez de encausar la pretensión de la actora a través de este trámite si lo considera procedente, lo que le permitiría utilizarlo para resolver cuestiones de esta naturaleza sin apartarse de las normas procesales vigentes.

Asimismo, la pretensión preventiva principal puede ser acompañada por una medida cautelar de carácter accesorio y provisorio, por medio de la cual se podrán evitar o disminuir los efectos del daño que potencialmente podría acontecer, siempre que concurren los requisitos propios de esta última. Las principales medidas que podemos destacar que pueden ser utilizadas para la prevención del daño son la medida innovativa³² y la prohibición de innovar. Por supuesto, cabe aclarar que *"[l]as medidas cautelares son provisionales, no así la sentencia que se dicte en una tutela inhibitoria, pues en este último supuesto se trata de un proceso autónomo. Es posible pedir una medida cautelar de no innovar o una medida innovativa dentro del proceso donde se requiere la tutela inhibitoria, pero el proceso se termina cuando se logra definitivamente el cese de la amenaza"*³³.

Finalmente, debemos destacar la posibilidad de llevar adelante este tipo de reclamos por medio de medidas autosatisfactivas, es decir, procesos en los cuales, por tratarse de cuestiones de carácter urgente, se requiere una rápida resolución, dado que nos encontramos frente a supuestos en los que el riesgo de lesión a derechos e intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico puede generar una posibilidad objetiva de acaecimiento del daño. No tienen carácter accesorio y se agotan en sí mismas con el dictado de una resolución que puede ser impuesta in audita parte. En estos casos *"...media superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar, provisional o preventiva —en la terminología clásica— con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver, porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionante."*³⁴. Debemos aclarar, sin embargo, que este tipo de medidas no se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En conclusión, a pesar de que no existe una vía procesal específica que regule un procedimiento para encausar la pretensión preventiva, nuestro ordenamiento jurídico nos brinda numerosos mecanismos que pueden adaptarse a ella. Por nuestra parte consideramos que, en principio, este tipo de reclamo debe ser iniciado por medio del trámite de conocimiento más abreviado regulado en cada Código Procesal.

³² Nuestro máximo Tribunal ha sostenido que la medida cautelar innovativa consiste en una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. Ese criterio restrictivo cobra mayor intensidad en razón de que la cautela ha sido deducida de manera autónoma, de modo que no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento (CSJN, "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/Medida autosatisfactiva", 10/09/2020, TR LALEY AR/JUR/37057/2020; con nota de ARAZI, Roland, "COVID-19-Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la llamada 'medida autosatisfactiva', RC D 26/2021 y opinión crítica de ESPERANZA, Silvia L., "La comedia de las equivocaciones", RC D 67/2021.)

³³ MEROI, Andrea A. en "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños" RCCyC 2016 (abril), 70 - RCCyC 2016 (abril) conf. ARAZI, Roland, Tutela inhibitoria, en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008-2, p. 90.

³⁴ GALDOS, Jorge M. "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", 2017-E, 1142.

Es decir que el resto de las modalidades posibles, como el amparo o las medidas autosatisfactivas, solo deberán utilizarse en la medida que se cumplimenten los requisitos procesales y sustanciales para su ejercicio.

IV.- La actuación oficiosa del juez

El CCCN le concede al juez un rol mucho más activo en el marco del proceso civil, otorgándole amplias facultades para ordenar de oficio a las partes o incluso a terceros ajenos al proceso que cumplimenten con obligaciones de dar, hacer o no hacer a los fines de evitar la causación de perjuicios. Es decir que, en los casos en los que, a partir de la prueba rendida en autos, se advierta que subsiste la posibilidad de que se produzca o vuelva a producirse un evento dañoso, en virtud de que su causa no ha sido eliminada, podrán ordenar las medidas necesarias para impedir que se produzca un detrimento, se disminuya su magnitud o se provoque su agravamiento.

No es necesario en estos casos que dicha medida haya sido solicitada por alguna de las partes, por tanto, esta facultad otorgada a los magistrados opera con total independencia de la pretensión inicial. Más aún, a pesar de que el 1713 habla de la sentencia *“...que admite la acción preventiva...”*, consideramos que ello no debe impedir que los jueces actúen cuando nos encontremos frente a una acción que no tenga este carácter. Carecería de sentido esta disposición si sólo se circunscribiera a este tipo de procesos. Existirían un sinnúmero de casos, como en los juicios de daños y perjuicios, en los cuales resultaría razonable dictar este tipo de medidas a pesar de que la pretensión inicial no tuviera naturaleza preventiva. No sería lógico que los jueces no pudieran adoptar las medidas necesarias para evitar que se cause daños, por el sólo hecho de no cumplimentar este requisito³⁵.

Más aun, teniendo en cuenta que, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1710 del CCCN³⁶, se impone al magistrado el deber de evitar la causación de perjuicios cuando este último advierta que ello puede acontecer. No se trata de una facultad sino de una obligación, por lo que los jueces deberán cumplimentar con lo ordenado en esta norma cuando adviertan que ello resulta necesario, no pudiendo actuar de otra manera.

Siguiendo un razonamiento similar, hay quienes han considerado que, si bien el art. 1713 del CCC no se refiere expresamente a la posibilidad de dictar un mandato preventivo nada impide que, con sustento en el referido principio y en la consiguiente función preventiva que la ley asigna al derecho de daños (art. 1708 CCC), aquel sea aplicado analógicamente para fundar la procedencia —con carácter excepcional— de esa clase de órdenes.³⁷

Esta disposición permite al magistrado apartarse del principio de congruencia tanto en su faceta objetiva, es decir yendo más allá de los planteos de las partes, como

³⁵ En un sentido similar TAGLIANI, María Soledad. “Aplicación de oficio de la función preventiva de la responsabilidad civil”, RCyS2018-I, 30 Afirma que “...frente a cualquier proceso sometido a su análisis, cuando el juez advierta la posibilidad de que la persistencia de una determinada situación pueda generar un daño o agravar el ya producido, no sólo puede sino que debe adoptar las medidas que entienda razonables, ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo (conf. art. 1713 del Cód. Civ. y Com.), a fin de lograr la evitación, el cese o la disminución de un daño”.

³⁶ Que ordena a toda persona, en cuanto de ella dependa, que cumplimente con el deber de evitar un daño, disminuir su magnitud o evitar su agravamiento.

³⁷ PICASSO y SAENZ, (n.8), p. 125.

también en su aspecto subjetivo, fijando como destinatario de la orden judicial a un tercero ajeno a las partes que dieron origen al pleito³⁸.

La finalidad es evitar el daño o su agravamiento, más allá de la estructura clásica del proceso y, por supuesto, con un claro y debido respeto del debido proceso y del derecho de defensa³⁹.

Ahora bien, debemos destacar que el art. 1713 establece que se deben ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo. Al aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el magistrado debe tener en cuenta los derechos que pueden ser vulnerados por la manda judicial y, de esta forma, adoptar las medidas que permitan evitar la causación de daños sin imponer cargas excesivas a los destinatarios del mandato en cuestión. Por esta razón, se deberá apreciar en el caso concreto cual es el mecanismo más adecuado para cumplir con la finalidad propuesta.

El tribunal deberá obrar con mucha prudencia teniendo en cuenta que, en muchos casos, se puede terminar afectando el derecho de defensa de alguna de las partes. Consideramos que esta norma regula con cierta vaguedad y de manera demasiado genérica este instituto, ya que debió haber establecido cuales deberían ser los mecanismos procesales a partir de los cuales se hubiera podido lograr el efectivo cumplimiento de lo ordenado por los magistrados, a los fines de compeler a quien corresponda a acatar lo ordenado y controlar que el mandato preventivo se haga efectivo.

Tampoco se han establecido limitaciones, reglas o principios claros que permitan dilucidar en qué casos correspondería actuar a los fines de evitar una intromisión judicial desmedida o injustificada. Desde ya que el magistrado deberá obrar con extrema prudencia, dado que, a pesar de que esta normativa le permite transgredir el principio de congruencia, corresponde ponderar hasta qué punto ello puede vulnerar el principio de defensa en juicio reconocido en nuestra Constitución.

Así, se ha considerado que *“Si bien la norma dispone que deben adoptarse los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, no queda claro cuál será el procedimiento adecuado. A priori, más allá de la imperiosa necesidad de regulación procesal específica que existe al respecto, cabe destacar que no podría llevarse a cabo la finalidad preventiva del instituto sin que éste se lleve a cabo con urgencia*⁴⁰.

Es por ello que consideramos pertinente determinar si el magistrado se encuentra habilitado para actuar de la misma forma en cualquier caso o si, por el contrario, debe tener en cuenta la naturaleza del derecho o el interés que puede verse potencialmente afectado y de aquellos que se encuentren en pugna con este último a los fines de resolver.

IV.1.A.- Daños a la integridad psicofísica

Resulta de enorme importancia la prevención de daños que pueden generar una afectación del derecho a la vida, la salud, la inviolabilidad de la persona humana, a la integridad psíquica y física propiamente dichas, que tienen reconocimiento expreso

³⁸ En este sentido CASTAGNO, Silvana A “Tutela inhibitoria o mandato preventivo. Recepción de la función preventiva en el Código Civil y Comercial” LLC2017 (septiembre), 4.

³⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Función preventiva de la responsabilidad civil”, cita TR LALEY AR/DOC/3640/2019

⁴⁰ MOLINA SANDOVAL (n. 39).

en distintos tratados internacionales. A modo de ejemplo podemos mencionar al art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 3 y 4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Asimismo, cabe aclarar que se encuentran entre los derechos y garantías no enumerados por nuestra Constitución a los que se refiere en su artículo 33.

Consideramos, que en los casos en los que potencialmente pueda llegar a verse afectado alguno de los derechos mencionados, no habrá ningún inconveniente o impedimento que permita a los magistrados actuar de oficio para prevenir su afectación.

En la mayoría de los precedentes existentes en la jurisprudencia argentina, relacionados con el tema bajo análisis, los jueces han dictado de oficio medidas de carácter preventivo con el objeto de evitar este tipo de daños.

Así, podemos mencionar la Sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul en los autos "Biordo"⁴¹, en la que se hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios interpuesta contra una compañía de peajes por falta de cumplimiento del deber de seguridad y de información al no alertar a quienes circulaban por la zona del estado de la ruta y de la existencia de una cabina de peaje. En este mismo decisorio se consideró que el mandato preventivo es una *"...orden judicial generalmente oficiosa para las partes o terceros (en este caso a requerimiento del Sr Fiscal General reemplazante) "cuando la sustanciación de un proceso le ha dado al juez la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no" (cf. Peyrano, Jorge W., "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", pág. 103, nota 12, en Revista de Derecho Procesal, 2007 - 2, Sentencia - I, págs. cits.)."* Asimismo, en dicho fallo se destacó que *"La medida, y como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia, es aplicable particularmente en casos en los que está en juego el derecho a la seguridad y de las personas (derecho a la vida), a la salud y a la integridad física y psíquica (cf. Berizonce, Roberto Omar, "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal, 2009 - 1, "Tutelas procesales diferenciadas - II", pág. 29)."* (sic.) (del voto del Dr. Galdós).

En consecuencia, se ordenó *"...efectuar un informe técnico documentado acerca del relevamiento y condiciones del entorno de la estación de peaje Hinojo, sito en la Ruta 226, aproximadamente kilómetro 276, y verificar si las señalizaciones horizontales y verticales y la iluminación del lugar, y todas las medidas de seguridad y prevención, cumplen con los requisitos, condiciones y demás especificidades técnicas previstas en los contratos administrativos y en la normativa vigente"* aclarando que el informe debía incluir un estudio y análisis de la viabilidad de la instalación de la señalización prevista. Asimismo, se resolvió que *"Con su resultado, y de verificarse incumplimientos, la autoridad de aplicación (OCCOVI), el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y los restantes organismos competentes a los que -en su caso dará intervención el OCCOVI- deberán disponer las medidas que*

⁴¹ Cámara Civil y Comercial de Azul (Sala II) "BIORDO, MIGUEL ÁNGEL C/ RUTAS AL SUR CONCESIONARIO VIAL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONT." (causa N° 59.966) 11/11/2015.

corresponda adoptar fijando plazos y apercebimientos para su ejecución.” (del voto del Dr. Galdós).

Otro fallo al que nos permitimos referirnos es el precedente “Carrizo”⁴², de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, en el que se confirmó una sentencia de Cámara en la que se había resuelto en relación a un accidente ferroviario en el que se produjo la colisión de un automóvil con una locomotora en un paso nivel. A pesar de que la actora adujo que el accidente fue causado por la deficiente señalización del cruce en cuestión, se resolvió rechazar la acción por considerar que un hecho de la propia víctima provocó la ruptura del nexo causal.

Sin embargo, a pesar de que la demanda fue rechazada en su totalidad, el máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires tuvo en cuenta que se constataron los defectos de señalización a los que se hace referencia y resolvió confirmar la medida de prevención dispuesta por la cámara, que había ordenado verificar el estado del paso a nivel y en caso de mantenerse en las mismas condiciones que a la fecha del hecho, intimar a la empresa ferroviaria para que en el plazo de 30 días dé cumplimiento con las medidas de seguridad a su cargo.

Asimismo, en otra sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul en los autos “P., N. y O. c/ Z., S. y O.”⁴³ en la que se hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios iniciada a raíz de un accidente de tránsito en la Ruta Nacional N. 3. Del resultado de la pericia practicada en dichos autos los magistrados pudieron advertir que en el lugar del hecho existía una curva con un error de diseño y de señalización que generaba peligro para los automovilistas y pasajeros. En consecuencia, se procedió a dictar un mandato preventivo atípico para poner en conocimiento de la autoridad de aplicación del peligro existente en una curva del kilómetro 162 *“...para que, en el marco de sus facultades, adopte las medidas pertinentes para evitar la reiteración de accidentes —derivados de su estado de conservación y señalización— y garantizar la seguridad vial.”* (del voto del Dr. Galdós).

Por otro lado, podemos citar un precedente de la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (C4aCivComCordoba) en los autos “M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC)”⁴⁴ en los que a raíz del fallecimiento de un niño que murió electrocutado, luego de pisar un charco por el que pasaba un cable conectado por un tercero, se procedió a hacer lugar parcialmente a una demanda de daños y perjuicios interpuesta en contra de la Empresa Provincial de Energía Eléctrica de Córdoba en virtud de que, en su carácter de dueña y guardiana de una cosa que se utiliza en una actividad riesgosa, no tomó las medidas de seguridad necesarias para evitar la existencia de conexiones clandestinas que causaron el suceso dañoso. De una manera similar a los fallos anteriormente citados el Tribunal encomendó *“...al señor Juez de primer grado que realice una inspección judicial en el lugar del hecho y, ante la subsistencia de la situación fáctica de autos (que la experiencia indica se mantiene), ordene a la demandada la realización de tareas tendientes a evitar que los vecinos del lugar tengan acceso a cables “pelados” de los cuales “engancharse”. Para ello deberá establecer un plazo razonable para*

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires “Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejada, Gustavo J. y otra”, 30/03/2005.

⁴³ Cámara Civil y Comercial de Azul (Sala II) “P., N. y O. c/ Z., S. y O.”, 27/03/2013.

⁴⁴ Cam. 4ª Civ. y Com. Cba., “M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC) s/ ordinario – daños y perj. – otras formas de respons. extracontractual – recurso de apelación”, del 28/04/2016.

que la accionada presente un modo de solucionar la cuestión, todo bajo apercibimiento de ejecución por un tercero, a costa de la accionada.” (del voto del Dr. Fernández).

En el caso “Guallanes”⁴⁵ nos encontramos frente a una demanda de daños y perjuicios iniciada por los padres de un menor que falleció luego de haber caído a una acequia ubicada al frente de su domicilio. La Cámara acogió parcialmente la demanda y además ordenó al Estado Provincial que en el plazo máximo de sesenta días corridos complete la colocación de tapas en la totalidad de las acequias a cielo abierto que existen en la zona urbana de San José de la Dormida aclarando que debía mantener las condiciones de seguridad pertinentes mientras subsistan las referidas acequias. Es suma, como se puede observar en los fallos citados, no existen mayores impedimentos para la aplicación de medidas preventivas de oficio por parte de los jueces en los casos en los que se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad psicofísica de las personas, siempre que, por supuesto, los magistrados actúen conforme los principios de proporcionalidad y razonabilidad valorando las circunstancias del caso concreto.

IV.1.B.- Prevención de daños al ambiente

De la misma forma, podemos decir que difícilmente pueda haber grandes cuestionamientos en los casos en los que los jueces decidan intervenir de oficio con el objeto de evitar la producción de daños al medio ambiente.

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho a un ambiente sano y equilibrado se encuentra reconocido en el art. 42 de la CN, así como también en la ley general del ambiente y en numerosas leyes de carácter federal y provincial.

Los daños al medioambiente pueden provocar alteraciones irreversibles en el ecosistema que, en muchos casos, pueden derivar en daños a la salud y comprometer la calidad de vida de generaciones actuales y futuras.

El hecho de que en muchos supuestos la recomposición del medioambiente, que ha sufrido una degradación, pueda resultar imposible hace que el deber de prevenir impuesto por el CCCN y la Ley General del ambiente adquiera mayor relieve.

Por esta razón, los principios contenidos en el art. 4 de la LGA *“...obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño —pre-daño—, operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental...”*⁴⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recalcado la enorme importancia de la prevención del daño ambiental en el fallo “Mendoza”⁴⁷ donde afirmó que *“La presente causa tendrá por objeto la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que - según se alega - en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada,*

⁴⁵ Cam. 5ª. Civ y Com. de Cba., Sent. N° 17 en autos “Guallanes César Luis y otro c/ Superior Gobierno de Córdoba - Ordinario - Daños y Perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual- recurso de apelación” (Expte. N° 1894603/36), del 26/02/2016.

⁴⁶ CAFFERATTA, Néstor A., “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV-304.

⁴⁷ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y otros s/ Daños derivados de la contaminación del Río Matanza Riachuelo”, 20/06/2006, fallos 329/2316.

conforme a los mecanismos que la ley prevé y finalmente para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento”

El deber de prevención, fijado en las normas genéricas del Código Civil y Comercial, debe ser complementado con las facultades otorgadas a los magistrados en el art. 32 de la Ley General del Ambiente que dispone *“...El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. (...) En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.”* Este artículo en su redacción original también permitía a los jueces *“...extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.”*, sin embargo, esta parte de la norma fue vetada por el ejecutivo, a nuestro parecer de manera equivocada. Con la sanción del CCCN y la introducción del art. 1713 en este cuerpo normativo los jueces han quedado habilitados de manera definitiva para actuar de oficio y prevenir estos daños.

De todas formas, cabe aclarar que antes del Código la ausencia de una norma que no les permitiera actuar no impidió a los magistrados ejercer de oficio la función preventiva para evitar la producción de daños ambientales. Así podemos citar el fallo “Salas”⁴⁸ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que el máximo tribunal consideró que *“...la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. (...) Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras.”*

Curiosamente, en la versión inicial de este precedente, la Corte fundó su decisión en lo dispuesto en la parte del artículo 32 de la LGA que fue vetada por el ejecutivo y les permitía a los jueces extender su decisión a cuestiones no sometidas a su consideración por las partes. Con posterioridad, al advertir su error, emitió una resolución por medio de la cual aclaró la anterior y citó la parte del art. bajo análisis que le permite a los magistrados tomar todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso.

También, podemos destacar un fallo de la Sala “A” Cámara Federal de Córdoba en el cual se inició un reclamo por daños y perjuicios por los daños causados a los accionantes por la exposición continua a plaguicidas que se encontraban almacenados en un depósito perteneciente al SENASA. En este precedente el Tribunal resolvió hacer lugar al reclamo realizado y destacando la importancia del medio ambiente como un tema de interés colectivo y general ordenó *“...exigir a las autoridades de la demandada, SENASA, que en el término de 15 días desde la notificación del presente pronunciamiento, haga saber mediante informe al señor*

⁴⁸CSJN, “Salas, Dino y otro c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional”, 26/03/2009.

*Juez Federal de primera instancia, las condiciones y el estado en el que se encuentra en la actualidad el depósito ubicado en la calle Avellaneda N° 1078, del Barrio Alta Córdoba de esta ciudad, a los fines de hacer constar que con motivo de la sentencia dictada en esta causa se han dispuesto las medidas de conservación, seguridad y salubridad pertinentes en el predio y depósito, a fin de preservar el mantenimiento sin riesgos del medio ambiente del lugar respecto de los habitantes que residen en las cercanías del mismo.*⁴⁹

La prevención de estos perjuicios resulta prioritaria y, por tanto, así como en el acápite anterior, entendemos que los jueces deberán otorgarle especial importancia a estos supuestos lesivos, procediendo a ordenar las medidas necesarias en los casos en los que haya quedado demostrado de manera verosímil el peligro de daño ambiental o la posibilidad de su agravamiento, sin desconocer por supuesto que, conforme lo que ordena el 1713, el tribunal deberá actuar adoptando el criterio de menor restricción. Para ello, deberá evitar, en la medida de lo posible, la paralización de actividades industriales o productivas.

IV.1.C.- Daños derivados de la lesión a la intimidad, el honor y la imagen: la censura previa y la prevención de daños

Este tipo de derechos personalísimos, relacionados con la dignidad de la persona humana, se encuentran reconocidos tanto de manera implícita por nuestra Constitución Nacional, como de manera expresa por tratados internacionales de derechos humanos. De la misma forma, el Código Civil y Comercial de la Nación protege de manera manifiesta estos derechos.

Así, podemos destacar lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la CN que establecen la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia epistolar y el principio de reserva y legalidad.

Por otro lado, el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: *“Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*. Asimismo, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula la cuestión de manera similar.

De la misma manera, estos derechos se encuentran reglamentados en el Código Civil y Comercial, en el Capítulo 3 del Título I correspondiente al Libro primero de dicho cuerpo normativo, donde se regula de manera específica todo lo relacionado a derechos personalísimos. Puntualmente el derecho al honor, la intimidad y la imagen se encuentran reconocidos en los artículos 52 y 53. Estas normas encuentran su reflejo en lo dispuesto en los arts. 1770 y 1771 del CCCN.

Cabe aclarar, como se ha mencionado en otro acápite de este trabajo, que en los artículos citados además de permitir a los damnificados reclamar la reparación de los perjuicios ocasionados, se admite expresamente la posibilidad de requerir la prevención de perjuicios que potencialmente puedan ser sufridos.

⁴⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala A) “Calderón, Cristian Ariel y otros c/ Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) – civil y comercial – varios” (Expte. FCB 21030003/2006/ca1-ca2)” del 02/06/2017.

Sin embargo, la facultad reconocida a los jueces para evitar la causación de estos daños – tanto a pedido de parte como de oficio– choca con otro derecho de raigambre constitucional: la libertad de expresión, que trae aparejada la prohibición de la censura previa. Esta limitación se encuentra legislada en los arts. 14 y 32 de la CN y en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que por otro lado sólo reconoce como excepción en su inciso 4 que aclara que *“...Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”*.

La doctrina argentina se encuentra dividida en relación con esta cuestión. Por un lado, están quienes les asignan un carácter absoluto a estas disposiciones y no admiten la posibilidad de permitir a ninguno de los poderes del estado restringir de manera preventiva la libertad de expresión. Esta postura fue sostenida por el Dr. Belluscio en su voto en el fallo “Servini de Cubría”⁵⁰. Por otro lado, están quienes sostienen que la prohibición de censura previa encuentra una excepción en el art. 13 inc. 4 de la citada convención.

Por último, están quienes admiten, de manera excepcional, otras medidas preventivas de carácter judicial orientadas a proteger otros valores dignos de tutela, frente a amenazas manifiestamente ilegítimas y arbitrarias⁵¹. En consecuencia, sostienen que se podría permitir el ejercicio de la función preventiva en el ámbito del poder a los fines de evitar la lesión a derechos personalísimos, como el honor o la intimidad. Por supuesto, los defensores de esta postura reconocen que el ejercicio estas facultades asume un carácter excepcional y debe ser interpretado de manera restrictiva.

Los ministros Maqueda y Lorenzetti han considerado en su disidencia parcial en el caso “Rodríguez”⁵² que *“...cabe dejar en claro que la libertad de expresión que protege a quienes realizan la actividad de buscadores en internet no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo. (...) Es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación no bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los “motores de búsqueda” adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos. (...) Mediante esta vía resulta posible que una vez corroborada la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derechos personalísimos de una persona, esta pueda requerir judicialmente a los “motores de búsqueda” que, acorde con la tecnología disponible, adopten las medidas necesarias tanto para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características como para evitar que en el futuro se establezcan nuevos vínculos de igual tipo”*.

Por tanto, si adoptamos la primera postura, le estará vedado a los magistrados adoptar medidas de carácter preventivo en todos los casos en los que se encuentre comprometida la libertad de expresión ya que su implementación implicaría incurrir en censura previa. En cambio, si nos guiamos por la segunda, se tornaría viable, de manera excepcional, satisfacer el reclamo preventivo en los casos en los que los

⁵⁰ CSJN, “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo”, 08/09/1992.

⁵¹ PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de Responsabilidad Civil”, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2018. T.III, p. 347.

⁵² CSJN, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/2014, R. 522. XLIX, Id SAIJ: FA14000161.

derechos personalísimos bajo análisis se vean amenazados de manera ilegítima y arbitraria.

Ahora bien, esto no implicaría que los jueces se encuentren habilitados para actuar de oficio en estos casos. El derecho al honor, a la intimidad y la imagen pueden ser valorados de manera diferente por cada persona, por lo que su turbación no generaría en todos los casos los mismos perjuicios para los particulares. En consecuencia, consideramos que el magistrado deberá limitarse, en la mayoría de los casos, a los planteos realizados por las partes, y corresponderá que realice una interpretación restrictiva de la facultad otorgada en el 1713 del CCCN.

Sin embargo, entendemos que podrán adoptar una postura más flexible en los supuestos en los que los potenciales afectados puedan ser niños, niñas o adolescentes, casos en los cuales se deberá aplicar lo dispuesto en la convención de los derechos del niño y en la ley 26.061. Particularmente se deberá tener en cuenta lo regulado en el art. 3 de esa norma relacionado con el interés superior del niño, y lo establecido en los arts. 9, 10 y 22 concerniente al derecho a la dignidad y la integridad personal, a la vida privada e intimidad familiar y a ser respetados en su reputación y propia imagen. En consecuencia, consideramos posible que, por ejemplo, se ordene a un medio de comunicación masiva abstenerse de revelar la identidad o los datos personales de un menor de edad en los casos en los cuales el ejercicio de estos derechos pueda verse comprometido y exista la posibilidad de que se le pueda causar un perjuicio⁵³.

IV.1.D.- Daños causados en el marco de una relación contractual

El art. 1713 no establece ninguna limitación concreta que no permita que el tribunal pueda intervenir en supuestos en los cuales exista una relación contractual de las partes.

Sin perjuicio de lo expuesto, la única norma que reconoce de manera expresa la posibilidad de evitar la producción de un daño en materia contractual en el CCCN es el art. 1032, que se encuentra vinculada con la posibilidad de un pedido expreso efectuado por la parte afectada.

En cuanto a la aplicación de la acción preventiva genérica prevista en el art. 1711 del CCCN se han sostenido dos posturas. La primera considera que Acción preventiva genérica del art. 1711 CCC no es aplicable al ámbito contractual⁵⁴. La segunda sostiene

⁵³ Resulta pertinente tener en cuenta lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Rodríguez" ya citado, donde se consideraron determinados supuestos de ilicitud manifiesta. Consideramos que, en estos casos, la actuación oficiosa del magistrado resultaría razonable. Así, se afirmó que "Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual." (CSJN, "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28/10/2014, R. 522. XLIX, Id SAIJ: FA14000161.)

⁵⁴ Despacho de la minoría en la Comisión 3: derecho de daños en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2022 en la ciudad Mendoza.

que la acción preventiva genérica del art. 1711 CCC resulta aplicable al ámbito contractual⁵⁵.

Ahora bien, si adoptáramos la segunda postura, resulta necesario preguntarnos si la facultad prevista en el 1713 puede ser aplicable en estos supuestos.

Así, se debe considerar si resultaría razonable otorgarle amplias facultades al magistrado para que intervenga en una relación jurídica privada, de contenido puramente patrimonial en la que las partes estén en igualdad de condiciones. Al menos en el caso de los contratos paritarios no tendría mucho sentido permitirse su intervención para evitar perjuicios si las partes no lo solicitan. En consecuencia, consideramos que, en estos casos, la interpretación de esta norma debe realizarse con carácter restrictivo, permitiendo una intromisión limitada de los magistrados en estos supuestos⁵⁶.

La cuestión si puede variar en los casos en los que nos encontremos frente a un contrato de consumo, supuesto en el cual estaremos frente una relación jurídica en la que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones. En estos casos, en virtud de lo dispuesto en el art. 42 de la CN y de los principios que emergen de la ley 24.240 entendemos que se encontraría justificada la intervención de los tribunales, en determinados supuestos particulares.

En consecuencia, cuando se advierta, a partir de la valoración de la prueba rendida en el juicio, que en el marco de un contrato de consumo se están violando derechos fundamentales de los consumidores como el derecho a ser informado, a recibir un trato digno, a que la prestación contractual se ejecute no suponga un riesgo para su salud o integridad física garantizando la seguridad de los mismos o en los casos en los que nos encontremos frente a cláusulas abusivas, sostenemos que los magistrados se encontrarán habilitados para actuar, aún en los casos en los cuales su intervención no hubiera sido solicitada, con el objeto de evitar la producción de futuros perjuicios, vinculados con la existencia de determinadas cláusulas contractuales colocadas en los formularios utilizados por el proveedor.

IV.2.- Intervención de oficio por parte del magistrado en el trámite del proceso

Ha quedado patentizada la posibilidad de que el Tribunal disponga de oficio obligaciones de dar, hacer o no hacer a los fines de evitar la causación de daños.

Ahora bien, ¿esto quiere decir que los jueces se encuentran habilitados para intervenir libremente en el marco del proceso Civil?, ¿podrían por ejemplo ordenar de oficio la producción de prueba a los fines de esclarecer si existe peligro de daño o de su agravamiento?

Nos inclinamos por una respuesta negativa ante estos interrogantes. El hecho de permitir a los magistrados intervenir de manera tan activa en el marco del proceso y en la producción de pruebas podría afectar el principio de defensa en juicio, favoreciendo a una de las partes en desmedro de la otra, e incluso generando en algunos supuestos mayores gastos para los intervinientes. Solo se encontrarán habilitados para actuar de oficio en estos casos al dictar sentencia o al ordenar medidas cautelares de carácter provisorio.⁵⁷

⁵⁵ Despacho de la mayoría en la Comisión 3: derecho de daños en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2022 en la ciudad Mendoza.

⁵⁶ En un sentido similar SUAREZ MONTES, M., SUAREZ MONTES, R. y MOYANO (n.24).

⁵⁷ En un sentido similar SUAREZ MONTES, M., SUAREZ MONTES, R. y MOYANO (n.24).

Sin embargo, los jueces si podrán valerse de las herramientas que le brindan los Códigos Procesales vigentes para de esta forma intervenir de forma activa y vislumbrar si efectivamente existe peligro que se produzca o se agrave un perjuicio. Así, podemos mencionar entre las normas existentes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a los siguientes artículos:

El art. 378 que dispone que *“La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.”*

El art. 415 según el cual *“El juez podrá interrogar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso y éstas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes, en la audiencia que corresponda, siempre que el juez no las declare superfluas o improcedentes por su contenido o forma.”*

El art. 452 que establece que *“El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.”*

El art. 475 de acuerdo al cual *“De oficio o a pedido de parte, el juez podrá ordenar: 1) Ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos. 2) Exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos. 3) Reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada. A estos efectos podrá disponer que comparezcan el perito y los testigos y hacer saber a las partes que podrán designar consultores técnicos o hacer comparecer a los ya designados para que participen en las tareas, en los términos de los artículos 471 y, en su caso, 473.”*

El art. 476 conforme el cual *“A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.”*

El art. 479 que le otorga al juez o tribunal la facultad de ordenar *“...de oficio o a pedido de parte: 1) El reconocimiento judicial de lugares o de cosas. 2) La concurrencia de peritos y testigos a dicho acto. 3) Las medidas previstas en el artículo 475. Al decretar el examen se individualizará lo que deba constituir su objeto y se determinará el lugar, fecha y hora en que se realizará. Si hubiere urgencia, la notificación se hará de oficio y con UN (1) día de anticipación”*. El artículo siguiente dispone la forma de concretar esta medida. (el destacado en todos los casos me pertenece).

Como se puede observar, los magistrados se encuentran autorizados expresamente para interrogar de oficio a las partes, disponer la declaración de testigos en los supuestos mencionados en el art. 452, ordenar el reconocimiento judicial de lugares y cosas, requerir la opinión de entidades privadas o públicas para complementar el

dictamen pericial y tomar determinadas medidas a los fines de integrar la actividad de los peritos.

Lo mencionado precedentemente debe ser complementado con los deberes y facultades ordenatorias e instructorias contenidos en el art. 36 del CPCCN entre las que podemos destacar a aquellas orientadas a evitar la paralización del proceso, intentar llegar a un acuerdo conciliatorio entre las partes o mandar a incorporar al expediente documentos que se encuentren en poder de las partes o terceros.

Las potestades otorgadas a los Tribunales en las normas citadas pueden ser de enorme utilidad, por lo que los magistrados podrán recurrir a ellas cuando de lo manifestado por las partes y de la prueba rendida en autos se pueda inferir existe la posibilidad de que haya peligro de la producción de un daño o de su agravamiento

En suma, la regla debe ser la no intervención de los jueces en el impulso del proceso y en la producción de prueba, excepto cuando el ordenamiento jurídico lo permita expresamente.

V.- Conclusiones

Todo lo expuesto nos permite arribar a una serie de conclusiones que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

La función preventiva del derecho de daños encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación como también en otras leyes especiales. El deber de prevención, que emerge de estas normas, recae sobre toda persona y genera la obligación de evitar causar daños, disminuir su magnitud o evitar su agravamiento.

A fin de que el ejercicio de la pretensión preventiva se torne viable, debemos encontrarnos frente a una acción u omisión que genere una amenaza de daño que sea objetivamente previsible bajo los estándares de la causalidad adecuada. Asimismo, cabe aclarar que la conducta del potencial dañador debe ser materialmente antijurídica y que no se exigirá la concurrencia de ningún factor de atribución.

Esta pretensión deberá ser ejercida en el marco de un proceso de conocimiento (el más abreviado posible según nuestra postura) y solo en los casos en los que se cumplan los requisitos especiales para cada supuesto podrá encausarse a través de una acción de amparo o una autosatisfactiva. De la misma forma los legitimados activos se encontrarán habilitados de ejercer esta pretensión obteniendo el dictado de medidas con carácter provisorio, solicitándolas como cautelares.

El juez tiene permitido actuar de oficio a los fines de evitar la causación de daños o la posibilidad de su agravamiento, en el marco de cualquier tipo de acción. Para ello, deberá adoptar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar su finalidad y actuará conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Ahora bien, corresponde tener en cuenta el tipo de perjuicio que se busca prevenir, ya que, de acuerdo al bien jurídico que se busca proteger, sus facultades de actuación podrían verse ampliadas o restringidas.

Por último, cabe aclarar que como regla no está permitida la intervención oficiosa del magistrado en el marco del proceso con el objeto de ordenar la producción de determinada prueba. Sin embargo, excepcionalmente en los casos en los que la ley lo permita se encontrarán habilitados para actuar y así, según lo dispuesto en el CPCCN, podrán ordenar la declaración de testigos mencionados en los escritos de

las partes, ordenar el reconocimiento judicial de lugares y cosas, requerir la opinión de entidades privadas o públicas para complementar el dictamen pericial y tomar determinadas medidas a los fines de integrar la actividad de los peritos entre otras facultades que se les reconoce.

VI.- Bibliografía

Doctrina:

AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), "Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil", Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III

Conclusiones de la Comisión 4, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata.

Conclusiones de la Comisión 3: derecho de daños en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2022 en la ciudad Mendoza.

CAFFERATTA, Néstor A., "Prueba y nexo de causalidad en el daño ambiental en 6º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental", Memorias 2007, México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008.

CAFFERATTA, Néstor A., "La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-304.

CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)" RCyS2018-III.

CASTAGNO, Silvana A "Tutela inhibitoria o mandato preventivo. Recepción de la función preventiva en el Código Civil y Comercial" LLC2017 (septiembre), 4.

FONTANA, Arturo Emilio, "Acción preventiva. Elementos para su regulación procesal", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/1035/2023.

GALDÓS, Jorge M. "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", 2017-E, 1142.

GALDÓS, Jorge Mario. "La Responsabilidad Civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN", Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2021, T.I.

GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. - VENIER, María Eugenia, "Otra vez sobre los daños punitivos", La ley online, cita online AR/DOC/4243/2016.

MARCELLINO, Leonardo, "El alcance del deber preventivo y sus destinatarios", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/2690/2022.

MONJO, Sebastián y ARGAÑARAZ, Mariángel en Dir. MARQUEZ, José Fernando, “Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. T.I.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Función preventiva de la responsabilidad civil”, cita TR LALEY AR/DOC/3640/2019.

MEROI, Andrea A. en “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños” RCCyC 2016 (abril),70 · RCCyC 2016 (abril)

OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil" en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.

PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs.As. 2004, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. P. 61.

PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. “Tratado de Derecho de Daños”, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T.I.

PIZARRO, Ramon D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, LA LEY SJA 20/09/2017, 39.

PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de Responsabilidad Civil”, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, , 2017. T.I y T.III.

SUAREZ MONTES, Marcos E., SUAREZ MONTES, Rodrigo M. y MOYANO, Javier “La función Jurisdiccional preventiva”, Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación, edición N°1 del 2018.

TAGLIANI, María Soledad. “Aplicación de oficio de la función preventiva de la responsabilidad civil”, RCyS2018-I, 30.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LA LEY2015-C, 726.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Actuaciones por daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “El derecho de daños”, Zeus Córdoba, t. 4, 2004.

Jurisprudencia:

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, Fallos: 327:3753

CSJN, “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina.”, 05/08/1986, Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV- 653.

CSJN, “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina.”, 05/08/1986, Fallos 308: 1109.

CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y otros s/ Daños derivados de la contaminación del Río Matanza Riachuelo", 20/06/2006, fallos 329/2316.

CSJN, "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.", 10/08/2017.

CSJN, "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/Medida autosatisfactiva", 10/09/2020

CSJN, "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28/10/2014, R. 522. XLIX, Id SAIJ: FA14000161.

CSJN, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos", 05/08/1986 Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV- 625.

CSJN, "Salas, Dino y otro c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional", 26/03/2009.

CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo", 08/09/1992.

SCJBA, "Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejeda, Gustavo J. y otra", 30/03/2005.

C. Civ. y Com. de Azul (Sala II) "BIORDO, MIGUEL ÁNGEL C/ RUTAS AL SUR CONCESIONARIO VIAL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONT." (causa N° 59.966) 11/11/2015.

C. Civ. y Com. de Azul (Sala II) "P., N. y O. c/ Z., S. y O.", 27/03/2013.

Cam. 4ª Civ. y Com. Cba., "M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC) s/ ordinario - daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual - recurso de apelación", del 28/04/2016.

Cam. 5ª. Civ y Com. de Cba., Sent. N° 17 en autos "Guallanes César Luis y otro c/ Superior Gobierno de Córdoba - Ordinario - Daños y Perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual- recurso de apelación" (Expte. N° 1894603/36), del 26/02/2016.

Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala A) "Calderón, Cristian Ariel y otros c/ Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) - civil y comercial - varios" (Expte. FCB 21030003/2006/ca1-ca2)" del 02/06/2017.

La prueba del daño moral

Por Nicolás Boncini ¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Hacia un concepto de daño moral. III.- Posturas ontológicas y epistémicas. IV.- Quaestio Facti. 1.- La prueba del daño moral: desde una posición cognoscitiva. 2.- La prueba del daño moral: desde una posición no cognoscitivista. V.- Evaluación de los argumentos y conclusión. VI.- Bibliografía.

Resumen: Reflexionar acerca de la naturaleza del daño moral puede resultar una cuestión harto compleja, puesto que nos plantea la necesidad de indagar sobre los caracteres que encierran y definen a este tipo de entidad que ha sufrido un menoscabo susceptible de reparación o resarcimiento. Este análisis requiere, como cuestión inicial, remontarnos a la naturaleza misma de las cosas que existen, porque para que puedan ser dañadas, las cosas, los entes, primero deben existir, esto es natural y obvio. Recién luego de que podamos identificar la naturaleza de su existencia, estaremos en condiciones de avanzar en el análisis de las causas y condiciones que nos permitan verificar la existencia de un perjuicio o menoscabo del que se derive (o no) un resarcimiento al sindicado como culpable. Esto implica indagar acerca de la prueba del daño moral, sus medios, requisitos y posibilidades. En las sociedades modernas, la confianza en el proceso judicial, se asienta y depende cada vez más de la seriedad y razonabilidad probatoria, por ello reparar en los mejores recursos o posibilidades de acreditación de los hechos, redundara en un mejor sistema de justicia.

Abstract: Reflecting on the nature of moral harm can be a quite complex issue, as it poses the need to inquire into the characteristics that encompass and define this type of entity that has suffered a damage capable of being repaired or compensated. This analysis requires, as an initial matter, going back to the very nature of things that exist, because for things, entities, to be harmed, they must first exist; this is natural and obvious. Only after we can identify the nature of their existence, we will be in a position to progress in the analysis of the causes and conditions that allow us to verify the existence of harm or damage from which

¹Abogado (UNC, 2003), Especialista en Derecho Laboral (UNC, UCC, 2008), Especialista en Derecho Procesal (UNC 2010), Adscripto Derecho Privado II (UNC, 2011), Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC, 2023)

Palabras clave: Daño moral - Concepto de daño moral - Posturas epistémicas - Prueba del daño.

Keywords: Moral harm - Concept of moral harm - Epistemic stances - Proof of harm.

compensation for the accused may or may not arise. This implies investigating the proof of moral harm, its means, requirements, and possibilities. In modern societies, trust in the judicial process is increasingly grounded and dependent on the seriousness and reasonability of evidence; therefore, paying attention to the best resources or possibilities for substantiating facts will result in a better justice system.

I.- Introducción

En torno a los criterios de determinación del daño moral se han producido una infinidad de debates. Pizarro-Vallespinos² dan cuenta de ellos partiendo del hecho de que en la órbita del derecho civil (art 1744 CCyC): “El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”

Cierto sector de la doctrina y jurisprudencia nacional distingue –en cuanto a la prueba del daño moral– según si el daño moral proviene de un acto ilícito *aquiliano* o si el mismo deviene de un incumplimiento contractual. En el primer caso, el daño debiera tenerse por acreditado *in re ipsa* y correspondería en cambio la prueba de descargo sobre el sindicado como responsable.

En la responsabilidad contractual, en cambio, el daño no se presumiría, requiriéndose en tal caso la carga probatoria sobre el accionante. Pero si el daño es el mismo, si tiene la misma entidad pero distinta fuente de responsabilidad ¿no será caprichoso tratarlos de manera distinta?

Para otro sector de la doctrina el daño moral no requiere de prueba específica y debiera tenérselo por presumido por el solo hecho de la acción antijurídica. Pero los indicios o presunciones son medios de prueba, entonces, ¿es correcto afirmar que no requieren de prueba?

Estos interrogantes, en definitiva, dan cuenta de la falta de consenso sobre qué debe entenderse por daño moral, cuáles pueden ser los parámetros o medios probatorios que pueden ser utilizados y finalmente cómo debe ser cuantificado para aplicarlo al pago de una indemnización.

El concepto mismo de daño moral es polisémico por cuanto parecen implicarse semánticamente distintas raíces filosóficas, tanto de filosofía general (o mayor) como de filosofía del derecho (menor). Esto contribuye a ampliar las discusiones y el desconcierto al momento de fijar criterios de determinación.

Es posible que desde la práctica jurídica se suponga que los criterios son uniformes, comunes en los operadores del derecho (en cuanto al sentido que se le asigna al concepto de daño moral). Sin embargo y aún el caso de que se evidenciara lo mencionado, es también posible que esa creencia implícita, común, no se encuentre debidamente fundada, provocando que se incurra en contradicciones, falacias y sesgos.

¿Ciudadanos y operadores jurídicos le asignan el mismo sentido al concepto de daño moral? ¿Qué medios probatorios son requeridos para determinar la existencia y la extensión del daño moral? ¿Debe probarse el daño moral o debe ser presumido?

² PIZARRO Daniel y VALLESPINOS Carlos G., (2017), *Tratado de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Rubinzal Culzoni, Tomo I, p. 216.

¿Realmente es un hecho? ¿Existen pautas igualitarias para la determinación del daño moral?

La discusión no es baladí porque el tema no solo se refiere a la reparación de daños, sino también a los criterios de justificación de las sentencias. Con ello la garantía del principio de igualdad cobra relevancia.

De modo que se pretende desentrañar cuáles son los criterios mediante los cuales los tribunales tienen por acreditado el daño moral y si estos criterios se encuentran suficientemente fundados.

Se desarrollarán dos posiciones, una que denominaremos cognoscitiva y su opuesta, la no cognoscitiva. Mediante ellas, dos cosmovisiones de lo que existe en el mundo, de lo que puede y como debe ser probado se enfrentarán. No se pretende asumir una posición final, sino más bien describir y conectar sus implicancias, sus orígenes y fundamentos.

Son paradigmas que se enfrentan desde lo filosófico, lo jurídico y lo procesal. Se erigen como construcciones históricas del pensamiento humano que se proyectan, entre otros aspectos, en el probatorio del daño moral. Porque su concepto entraña mucho más que la sola referencia a un rubro resarcitorio del derecho de daños.

II.- Hacia un concepto de daño moral

Abogados, jueces y doctrinarios del derecho nos referimos con frecuencia al daño moral. Es común que en las facultades de derecho se dicten las materias vinculadas a los daños y a la reparación de los mismos (en la órbita del derecho civil) distinguiendo entre daño contractual y extracontractual; daño patrimonial (material, pérdida de chance, lucro cesante, etc) y extrapatrimonial o moral, etc. Nada parece inducir a confusión y se considera sobreentendida tanto la extensión y como la intensión de los conceptos.

Un reciente estudio de casos jurisprudenciales trata de los criterios de cuantificación del daño moral en la provincia de Córdoba (Argentina) y refiere que en esta jurisdicción se sigue mayoritariamente el concepto de daño moral elaborado por Matilde Zabala de González, lo que implica la adhesión al criterio de una lesión a un interés de naturaleza extrapatrimonial³. La autora⁴ considera al daño moral como:

...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (Zabala de González Matilde 1996)

Autores clásicos en la órbita nacional tales como Bustamante Alsina⁵, Daniel Pizarro y Gustavo Vallespinos⁶ comparten la definición de Zabala de González. Sostienen que si los derechos que han sido atacados por un ilícito se encuentran dentro de un patrimonio, los daños son materiales (o patrimoniales); si en cambio no integran un patrimonio, son extrapatrimoniales (o morales) en tanto se deriven de la afectación de la integridad corporal, psíquica o la salud de las personas humanas, precisamente

³ JUÁREZ FERRER Martín, (2017), *Cuantificación del daño*, Buenos Aires, Argentina, Ed La Ley. p. 195.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, (1996), *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Argentina, Ed Hammurabi, T. 2a) p. 49.

⁵ BUSTAMANTE ALSINA Jorge, (1997), *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Argentina, Ed Abeledo Perrot., p. 237.

⁶ PIZARRO-VALLESPINOS (n.3) p. 138.

porque éstas no tienen un correlato apreciable en dinero que pueda ser utilizado como pauta válida de compensación, puesto que no se encuentran en el comercio. Bustamante Alsina define al daño moral como “la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a afecciones legítimas, en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria” (Bustamante Alsina Jorge, 1997).

De modo que cuando se distingue entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial o moral (los autores los asimilan conceptualmente) el criterio de distinción no radica en la índole de los derechos afectados sino en la extensión, en el sentido de la repercusión de los mismos, en la naturaleza específica de ese bien afectado. De modo que, si la afectación es de índole no patrimonial, la reparación pretendida tendrá el carácter de daño moral. La clasificación es pues binaria, en cuanto a los bienes jurídicos susceptibles de reparación, no hay bajo esta mirada una tercera alternativa.

En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) denomina “daño inmaterial” al que en nuestras jurisdicciones se denomina daño moral. La CIDH entiende en su jurisprudencia⁷ que el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados por la violación como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas”.

Se evidencia así una idea constante en el concepto, recurrente, el de la necesaria afectación a una persona humana, en sus sentimientos, dignidad, ánimo, espiritualidad o inmaterialidad. Esta afectación, se transforma en daño, precisamente por su requisito de certeza, subsistencia y personalidad, ya que de lo contrario no habría daño en el sentido jurídico del término⁸. Es que conforme la teoría del resarcimiento de daños, los presupuestos que deben darse para que operen estos son que sea cierto, esto es constatable y no meramente eventual o hipotético, subsistente y personal, con relación a un interés legítimo no reprimido por el ordenamiento jurídico.

A esta altura ya podemos inferir que el daño del que hablan los juristas, para ser moral, no debe recaer sobre una materialidad u objeto en particular, sino que es indirecto, reflejo, respecto de una acción u omisión que causa ese estado en una persona humana. Es la muerte de “...”, es la lesión corporal sufrida en “...”, son los dichos respecto a “...” los que generan en un sujeto en particular ese menoscabo anímico, emocional, sentimental, lo que suele reducirse a la idea de una afectación espiritual, por contraposición a la meramente corporal. Son los estados mentales, anímicos, emocionales que causan esos hechos, en las personas humanas, en su subjetividad, los que son resarcidos por esta particular figura.

Sin embargo, los autores diferencian el daño moral del psicológico. Es curioso este aspecto, porque si consideramos la definición aportada por Matilde Zavala de González advertiremos que se pronuncia por la afectación de la capacidad de “...de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y

⁷ CIDH -CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* CASO VALLE AMBROSIO Y OTRO VS. ARGENTINA SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2020

⁸ BUSTAMANTE ALSINA (n. 9) p. 171-171.

ánimicamente perjudicial...” y este espectro de supuestos parecen referirse a nociones propias del campo de la psicología. Sin embargo, la autora expresa⁹:

...Ante todo conviene advertir que no toda alteración anímica a consecuencia del hecho constituye una lesión psíquica en sentido propio. Esta constituye una enfermedad (más o menos estable o bien transitoria o accidental); no hay daño psíquico en el sentido estudiado con respecto, por ejemplo, de la perturbación anímica que de ordinario acompaña a los dolores emergentes de un daño físico, en tanto y en cuanto no se advierta aquel matiz patológico....

El reconocido epistemólogo Rom Harré¹⁰, afirma que el campo de la psicología es “el estudio del pensamiento, el sentimiento (las emociones), la percepción y la acción de la persona humana”, por lo que la extensión del concepto daño moral parece reducirse inexorable, casi problemáticamente, si se lo escinde de la psicología.

Si lo comprendido por el concepto de daño moral (extensión) no es reducible al conjunto de elementos que componen la psicología, en tanto a lo que se refiere y abarca su concepción científica, entonces hay algo distintivo en el concepto, una propiedad no incluida en otras y por la que parece legítimo asumir un criterio de aplicación especialmente relevante que motiva su resarcimiento.

El afinamiento conceptual del daño moral, su diferencial, parece reducirse entonces hacia lo que de modo reiterado se expresa como una nota distintiva de este tipo daño, hacia una entidad ontológica que no es material, corporal ni patrimonial y es a la vez humana: el Espíritu.

De algún modo los autores parecen sugerir (y la jurisprudencia aceptar) que aquello que siente y sufre el menoscabo no es el cuerpo ni la psiquis humana, sino el “espíritu”, lo que constituiría ontológicamente otra cosa distinta de aquellas y en las que se resumirían los aspectos más identitarios de los seres humanos tales como el honor, la dignidad, la capacidad de sufrir y gozar, la portadora de los proyectos de vida y la afectividad, etc. (Zabala de González Matilde 1996).

Conforme las referencias señaladas, se podría pensar en una suerte de trilogía de bienes que integran la esfera de ser humano y que no se confunden entre sí, sino que se complementan, en los que ante la producción de una lesión o menoscabo pueden ser resarcidos de modo independiente, precisamente por su diferente naturaleza y en función de lo que ontológicamente representan: el cuerpo, la psiquis y el espíritu. Los conceptos son construcciones, unidades mentales que describen propiedades respecto de las cuales se encuentran incluidas, de modo indeterminado, seres y cosas (García Morente, 2013)¹¹. Esas “realidades” a las que hacemos referencia y sobre las que “generalizamos” cuando conceptualizamos pueden ser de distinta índole, ya que en ocasiones se refieren a una existencia externa, objetiva, realista del mundo y en otras ocasiones nos referimos a realidades de tipo interno, subjetivas o ideales, en las cuales no es posible describirlas en una suerte de relación “mundo-mente”, sino en una relación inversa, de tipo “mente-mundo” y aquí la cuestión se complejiza, porque para asumir un concepto como válido, debemos participarnos del tipo de realidad ontológica, metafísica a la que hacemos referencia.

⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, (n.8) p. 263.

¹⁰ HARRE Rom, (2002), *Cognitive Science, A Philosophical introduction*, SAGE, Londres, Inglaterra. (traducción de prof Nicolas Venturelli), p. 1.

¹¹ GARCÍA MORENTE Manuel, (2013), *Lecciones preliminares de filosofía*, Buenos Aires, Argentina, Ed Losada. P 375.

Cuando nos referimos a esta trilogía sobre la que los autores parecen coincidir cuando hablan de las entidades susceptibles de ser dañadas en los seres humanos: cuerpo, psiquis, espíritu, debemos aceptar que respecto de las primeras dos existe un cierto consenso y evidencia de su campo disciplinar y de hecho han sido las ciencias –por medio del método científico– las que se han ocupado de su desarrollo. Resulta más complejo en cambio, desentrañar el campo de conocimiento que resulta aplicable a las cuestiones espirituales, tanto en lo que se refiere a brindar un concepto de aquello que se designa como “espíritu” y su extensión, sino también para evidenciar los supuestos en los que se puede afirmar que se ha causado un menoscabo en su particular substancia.

Siguiendo a García Morente (García Morente, 2013) en sus lecciones preliminares de filosofía, los espacios de la Ontología (teoría del ser y de los entes) pueden resumirse en cuatro categorías esenciales: cosas reales; objetos ideales; valores y objetos metafísicos.

¿A cuál de estas regiones (categorías ónticas) corresponde el Espíritu? Al menos en el sentido al que nos referimos los operadores jurídicos cuando hablamos de daño moral.

Creo que discurrir en esta pregunta o al menos fijar una postura, nos permitirá tener un punto de partida firme respecto de los criterios y medios de prueba que son necesarios para inferir su menoscabo o afectación del daño moral.

III.- Posturas ontológicas y epistémicas

Nos preguntábamos por las categorías ónticas dentro de las cuales puede encontrarse el “espíritu”, al menos al que se refieren los juristas cuando hablan de daño moral. Discernir si es un ente material o ideal en primer término; si por el contrario participa de los atributos que se corresponden a los valores o finalmente, si es un tipo de ente metafísico que excluye a las anteriores.

Quizás para comprender el origen de estas ideas debamos hacer una revisión histórica, más diacrónica que sincrónica. Podemos identificar que estas ideas se fueron gestando entre los siglos XVII y XVIII con la diferenciación que hiciera el filósofo Rene Descartes, entre cuerpo y alma. Afirmaba que los hombres estaban compuestos de estos dos tipos de substancias.

Descartes¹² planteaba que la realidad en general y entre ella los hombres, se dividían en dos tipos básicos de substancias, una es la materia común, la que describe como una “cosa extensa” y es la que ocupa una posición en el espacio que percibimos (las cosas en general, el cuerpo humano en particular); un segundo grupo se compone de una substancia que carece de dicha propiedad extensa y es la que se deriva del acto de pensar: el alma o espíritu, que se encuentra presente en los hombres. Hoy en día, modernamente, le llamaríamos mente.

El alma o espíritu estarían conformados por esta substancia distinta a la del cuerpo, tanto que, sin ocupar un lugar en el espacio, sería la responsable de actuar sistémica y causalmente con él, siendo la destinataria final de los sentidos, las emociones y quien instruiría a nuestras intenciones. En definitiva, es la responsable final de nuestras conductas y pensamientos.

¹² GARCÍA MORENTE Manuel (n. 7) p. 159.

En lo sucesivo se configuró un nuevo enfoque en el mundo, uno dual, que fue creciendo y erigiéndose como el modelo imperante de acceso al conocimiento, uno cierto, previsible, confiable: el método científico.

El dualismo es un enfoque que plantea que la esencia de la inteligencia consciente reside en algo no físico (Churchland Paul M. 1992)¹³. Esta es la teoría más popularizada sobre la mente, tiene un profundo arraigo en la mayor parte de las religiones universales y es aún hoy la hipótesis dominante en la historia de occidente. De allí derivaron las concepciones que planteaban la existencia de un alma que actúa como un “homúnculo” (una criatura con fuerza de voluntad) y que sería la que guía la voluntad de las personas humanas. Un fantasma dentro de una maquina (el cuerpo humano). Por supuesto que dentro de las posturas dualistas las hay más extremas y evolucionadas argumentalmente que otras (dualismo material, epifenomenismo, interaccionismo e irreductibilidad de las propiedades), pero sin embargo comparten este criterio de base, en cuanto a la división de las categorías ónticas: una material o extensa (el cuerpo y las cosas) y otra inmaterial o inextensa (la mente, el espíritu, energías).

Esta dualidad del “Ser” implicaría la imposibilidad de acometer bajo la misma ciencia o método el estudio de una y otra categoría, por cuanto siendo una no física, jamás podrían reducirse a esta al concepto de las ciencias físicas, biológicas, etc., y viceversa, ya que no podrían ser explicadas en tales términos.

El conductismo filosófico en cambio surgió como una reacción al dualismo cartesiano. Partiendo del uso del lenguaje y con criterio analítico consideraba que en realidad, cuando se habla de emociones, sentimientos, creencias y deseos (estados internos) en realidad los que ocurría es un modo abreviado de hablar respecto de modelos reales y potenciales de conducta (y no de episodios internos fantasmales). Se consideraba así que no tiene sentido el problema planteado, es irrelevante (un seudoproblema), aunque claramente es compatible con la concepción materialista que se analizará seguidamente.

Abordar desde lo jurídico estas posiciones epistémicas puede resultar extraño, pero no lo es si consideramos seriamente la perspectiva de los hechos que son analizados como presupuestos normativos y de la jurisprudencia. Posiblemente sea por la carencia de este tipo de abordajes interteóricos que se produzcan desajustes en los espectros de realidad compartidos con otras disciplinas, con las ciencias en general. Si bien se ha caracterizado al derecho como la ciencia del “deber ser” (Kelsen), debe aceptarse que este aspecto no puede serlo todo, puesto que sin un conocimiento del “Ser” no podría, no tendría sentido referirnos acerca de lo que “debe ser”. El “deber ser” depende de lo que “es” y se propone regularlo, transformarlo, predecirlo, pero no puede prescindir de su existencia precisamente porque los destinatarios de dichas normas existimos y tenemos una relación con las cosas y con los otros, estamos imbuidos en el mundo del Ser.

IV.- Quaestio Facti

El propósito es abordar los aspectos probatorios del daño moral en un proceso judicial. Para hacerlo asumiremos dos enfoques distintos, que son constitutivos de las referencias ontológicas del ser: la concepción cognoscitiva (realista) y la no cognoscitiva (idealista). La primera es aquella en la que la realidad se encuentra en

¹³ CHURCHLAND Paul, (1992), *Materia y Conciencia*, Barcelona, España, Ed Gedisa. p.24.

un mundo interior (psíquico) o exterior (físico) al ser humano, de tipo científico y con métodos de razonamiento predominantemente inductivos; por su parte, la segunda, en cambio es de tipo ideal, conceptual, en ella impera una lógica de tipo deductivo o formal, no pretende una correspondencia con el mundo de las entidades físicas o psíquicas sino con el de las inferencias o implicancias derivadas del uso de la razón y las ideas.

El quehacer jurídico-judicial se caracteriza por la aplicación de determinados criterios de razonamiento de tipo formal, los denominados silogismos prácticos, donde a partir de una premisa mayor (la norma jurídica) y una premisa menor (presupuesto factico), se concluye en una resolución o sentencia. Ahora bien, esta premisa menor es un presupuesto que se encuentra incluido en la premisa mayor, es el sujeto del predicado, de modo que, si verificara su presencia, correspondería extenderle la consecuencia también prevista en la premisa mayor.

Este tipo del silogismo es conocido como *modus ponens* e implica lo que hemos expresado más arriba: Si A entonces B; Se verifica A, entonces corresponde B, que es su predicado. Habitualmente se designa a la premisa menor como una “cuestión de hecho” prevista en la norma de manera abstracta (*queastio facti*), siendo la premisa mayor la norma jurídica (*queastio iuris*), pero aunque se la denomine como cuestión de hecho (*queastio facti*), en cuanto a su ontología, no necesariamente debe ser de tipo físico o verificable en una realidad de tipo empírica, sino que también puede ser de tipo ideal, conceptual o valorativa (siguiendo la clasificación ontológica de García Morente).

González Lagier (González Lagier 2013)¹⁴ explica que aunque en general se menciona como “hecho” a todo aquello que ocurre en el mundo espacio-temporal, el sentido en el que lo aplican los juristas es uno más restringido, es asimilable a la idea de “evento” con el alcances dado por Bertrand Russell: “aquello que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias”, esto implica que no se predica la verdad directamente de los hechos/objetos, sino de las creencias que se tengan de los mismos y de sus enunciados descriptivos.

Lo que llamamos “hechos probados” o verificados, no son más que enunciados asertivos de los que en realidad se predica su verdad (Gascón Abellán M. 2010)¹⁵, por ello resulta de importancia diferenciar las distintas concepciones de verdad que disponemos y sobre las cuales determinar la propiedad de esos enunciados asertivos: verdad por correspondencia, verdad como coherencia o una concepción pragmática de la verdad. (Gascón Abellán M. 2010).

La verdad por correspondencia, se diferencia de los otros criterios en cuanto a que para afirmar la verdad de un enunciado requiere, como presupuesto, la existencia de un tipo especial de relación denominado “correspondencia”, el que se debe dar en una realidad objetiva e independiente del sujeto observador, que es el que afirma la verdad del enunciado y el objeto de análisis (del que se predica su carácter veritativo). Esto implica asumir inicialmente que se trata de una entidad que puede ser percibida, experimentada, en definitiva “cognoscible” por los sujetos de la interacción.

¹⁴ GONZÁLEZ LAGIER Daniel, (2013), *Quaestio facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción), Barcelona, España, Ed Marcial Pons.p.2

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN Marina, (2010), *Los hechos en el derecho*, Barcelona, España, Ed Marcial Pons, p.50.

Esta concepción es aplicable de modo preponderante en las ciencias físicas y naturales, precisamente porque en ellas sí hay una realidad que puede ser captada objetiva e independiente del sujeto observador, y en ese correlato o en la mejor aproximación de esa relación (correspondencia) se encontraran los criterios de verdad.

En la vereda opuesta, las teorías de verdad como coherencia o las pragmáticas, se diferencian por no asumir una relación de verdad de tipo necesaria u objetiva a los sujetos que la observan (de correspondencia), en la creencia de una realidad externa, sino más bien asumen cierta dificultad teórico-práctica en ello, por cuanto creen que solo puede afirmarse la verdad o falsedad de un enunciado cuando se tiene una creencia de tipo subjetiva o intersubjetiva del enunciado propuesto como verdad. Consideran que -desde una visión internalista- que todos nuestros conceptos están mediatizados por nuestras capacidades, redes de creencia, esquemas mentales, etc. La verdad dentro de una concepción de tipo coherentista, en cambio, vira el criterio de verdad hacia aquellos supuestos en los que se pueda sostener la coherencia interna de los enunciados, dentro de un particular sistema de creencias o teoría. Es decir, cree que la verdad se encuentra en la totalidad, pero poniendo a los enunciados absolutamente fuera del control de los hechos. Es de tipo formal, con los riesgos que implica la carencia de un anclaje de tipo realista y la posible contradicción que se asume del hecho innegable de que, ante dos sistemas de creencias opuestos, internamente coherentes, puedan predicarse valores de verdad incompatibles.

Si se asume una postura de tipo cognoscitiva -en cuanto a la indagación de daño moral- quien lo haga deberá procurar una integración de la premisa menor del silogismo judicial en base a cuestiones de hecho que se encontraran en un plano de realidad externo, objetivo, independiente al de los sujetos que integran el proceso de conocimiento judicial (questio facti) y la pretensión será la búsqueda de una verdad por correspondencia, objetiva y demostrable.

Si en cambio se asume una postura no cognoscitiva, la cuestión de los hechos no estará dirigida tanto a la acreditación del daño moral en cuanto a una entidad sobre la que debe verificarse su existencia o no, su correspondencia con un mundo exterior, sino que dependerá, preponderantemente, de aspectos interpretativos, de un convencimiento subjetivo que se da en el proceso de calificación y valoración.

1.- La prueba del daño moral: desde una posición cognoscitiva.

Bajo una postura cognoscitiva, probar la existencia de un daño moral concreto - en cuanto premisa menor del razonamiento judicial- implicara asumir una actitud cognoscitiva y metafísica del mundo. Esta mirada es propia del criterio de verdad por correspondencia que hemos desarrollado supra, al cual adhieren-en general- los sistemas jurídicos de modo preponderante¹⁶.

En este sentido se cree que el fin del proceso judicial es la averiguación judicial de los hechos, tal y como ha ocurrido en la realidad. Quizás pueda compartirse que se ha superado, junto al positivismo extremo, una pretensión de conocimiento cierto, único e inmutable, asumiendo en cambio una posición más prudente que si bien afirma la verdad de los enunciados, es consciente del carácter provisorio y revisable de los mismos.

¹⁶ GASCÓN ABELLÁN (n.4) p. 59)

Aquí el método de conocimiento es inductivo, lo que implica que no pueda predicarse más que un grado de probabilidad, mayor o menor, de base experimental, en cuanto a las verdades que podemos afirmar del mundo y de los fenómenos. Si bien el conocimiento inductivo no es “necesariamente” cierto, como si lo es el método deductivo de las ciencias formales, es el único que extiende las fronteras de nuestro saber, por cuanto el método deductivo es analítico y basado en el principio de identidad, su saber es tautológico y no contingente.

¿Cuáles son entonces los hechos que podemos conocer y asumir como ciertos, dentro de esta concepción, en la indagación del daño moral?

Es el mundo de las entidades reales el que puede ser abordado desde las ciencias empíricas, por cuanto en ellas se cree en la existencia de un mundo exterior, objetivo que puede ser descubierto por los individuos y ya hemos visto que en este tipo de ciencias predomina el criterio de un tipo de verdad específico, el de la verdad por correspondencia.

Dentro de una postura cognoscitivista no es posible describir ni probar la causación de alguna afectación a entidades espirituales, sin embargo, sí puede desarrollar todo su potencial respecto de las otras notas o características que han sido sostenidas por los autores respecto de esta particular forma de dañar: lesión, muerte, sufrimiento, etc. Esta posición es descripta por Gascón Abellán como un modelo de averiguación de los hechos:

...En un modelo cognoscitivista, la idea de verdad de la declaración de los hechos de la sentencia es la correspondencia con la realidad, y no la de aceptación justificada ni la de coherencia del conjunto de los enunciados. Esto último puede servir como criterio subsidiario que ayude a determinar la verdad de los enunciados sobre los hechos –por ejemplo, si el relato no es coherente, seguramente no sean ciertos– pero no es la verdad. Verdadero es solo el relato de los hechos que se correspondan con la realidad. (Gascón Abellán M. 2010).

Los hechos que desde una postura cognoscitivista pueden ser probados en la premisa fáctica de un razonamiento judicial, pueden ser de varios tipos, pero esencialmente son externos (estados de cosas, sucesos, acciones intencionales o no intencionales, omisiones, intencionales o no intencionales) e internos (o psicológicos) (estados mentales, emociones, voliciones, creencias, acciones mentales). (González Lagier 2013) (Michelle Taruffo 2011) (Gascón Abellán M. 2010)

Los hechos externos son de carácter perceptivo, sensible, por lo que por medio de los sentidos (vista, tacto, gusto, oído y olfato) son evidenciados y luego interpretados. Algunos de estos hechos pueden ser naturales, artificiales o humanos, pero todos ellos remiten a este carácter externo y perceptivo que puede ser constatado de manera objetiva (por los sujetos perceptivos).

Los hechos internos o psicológicos carecen de ese carácter definitorio de los externos, precisamente porque ocurren en el interior de los individuos, de un modo subjetivo, este puede ser inferido de las conductas, palabras, gestos e incluso de estudios neurofisiológicos.

Si se pretendiera entonces asumir o determinar la existencia de un daño moral en base a un correlato experiencial del individuo-victima, en razón de su “sufrimiento, capacidad de entendimiento, desenvolvimiento, querer, sentir, dolor, angustia, pérdida, inquietud, etc.”, todo ello nos llevaría indefectiblemente a indagar en el mundo de los hecho internos, aquellos abarcados por la psicología y medicina

psiquiátrica, las que de manera integrada con otras ramas del saber científico, detentan en mayor medida su objeto de estudio.

2.- La prueba del daño moral: desde una posición no cognoscitivista

¿Qué ocurre cuando se asume una postura no cognoscitivista de daño moral? ¿Qué implica? En principio, que no es posible pretender un criterio de verdad por correspondencia. Esto es identificar, ajustar criterios de adecuación entre lo que se afirma como verdad y las propiedades que se verifican en una realidad que es, o se supone objetiva. En definitiva, cambiamos el criterio ontológico realista por uno de tipo ideal.

Si la realidad no está allí, si no es externa, entonces podemos asumir que el tipo de entidad que caracteriza al daño moral, esto es el alma, el espíritu como un centro de imputación es un concepto, una idea, la que claro puede ser compartida y entendida por toda una comunidad de hablantes, pero que no puede aspirarse a que sea verificada más que con los criterios de verdad que resultan compatibles con las entidades ideales: la verdad por coherencia en primer término, una verdad de tipo pragmática en segundo lugar.

En el terreno ontológico, metafísico, de los objetos ideales, tenemos –claro– las ideas, los conceptos, las relaciones, los objetos matemáticos y las esencias. Aquí sí tiene sentido referirse a sustancias distintas a las corpóreas, puesto que se encuentran en otro plano, uno intemporal e inmaterial, uno de idealidad (García Morente, 2013).

En el plano ideal no se producen las relaciones de causalidad, puesto que no hay fenómenos para observar, los objetos ideales no nacen, mueren, sufren o se corrompen, simplemente existen en nuestra mente y en la de otros hombres, pero si existen implica que son, tiene un ser. Pero no son alcanzados por el tiempo y el espacio como los objetos reales, son intemporales.

La idealidad es la contraria de la realidad, las relaciones que aquí se producen son de implicación, inferencia o deducción, como la premisa que está implicada en la conclusión. Aquí, en parte, tiene sentido la diferenciación que realizaba Descartes, un dualismo de las esencias, solo que las mismas no están en el mismo plano que los objetos reales, sino en nuestra mente, derivadas de nuestras creencias, razonamientos u abstracciones.

Por esa razón sería incorrecto vincular los entes ideales con los denominados “hechos del derecho” (quaestio facti), en una pretendida relación de correspondencia, puesto que estas jamás podrían entrar en conflicto con aquellas, los entes ideales solo establecen contacto con la realidad a través del puente del lenguaje, tanto el ordinario como el científico (Bunge Mario, 2013).

¿Cómo se incluyen en la premisa menor del silogismo judicial las cuestiones vinculadas a entidades ideales?

Cuando no se produce esta verificación previa de hechos, porque el presupuesto normativo es de tipo ideal o valorativo, todo el proceso es interpretativo y de calificación jurídica.

Asumir una postura no cognoscitivista, en relación al daño moral, implica la innecesidad de desarrollar las etapas tradicionales de prueba. Todo es pura calificación. Pura interpretación, ya que no se cree haya ninguna realidad interna o psicológica para descubrir, ya sea porque no existen los estados mentales, porque no pueden ser conocidos o porque no es necesario conocerlos en el proceso.

Si como se deriva de las posiciones doctrinarias referidas al daño moral, el perjuicio o menoscabo moral no puede identificarse con el sufrido en el cuerpo o en la psiquis. Si el daño causado es en esta particular entidad denominada espíritu humano, y si esta no es una entidad real sino ideal, entonces, al igual que ocurre con otros conceptos, esta existencia debe ser identificada por la razón, por procesos de inferencia interpretativa o valorativa. Debe ser calificada.

V.- Evaluación de los argumentos y conclusión

Atienza¹⁷ afirma que son cuatro (4) los criterios generales más influyentes sobre los que se pueden evaluar las argumentaciones jurídicas: Universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias y moral social. En base a estas pautas o variables analizaremos los distintos argumentos y posiciones desarrolladas, a modo de balance y conclusión:

1. Universalidad: Bajo este criterio, las posturas cognoscitivas y no cognoscitivas se disputan un punto crucial: el de la *seguridad jurídica*. La seguridad jurídica se proyecta no solo hacia lo que puede ser esperable en una sentencia, sino que también se vincula con el necesario “ajuste” de las pautas de conductas que una sociedad (y un individuo) realiza en base a las referidas resoluciones judiciales.

La postura no cognoscitiva se exhibe más propensa a la discrecionalidad judicial y carece de medios probatorios que exhiban cierta robustez. Este aspecto complica la realización del postulado de seguridad jurídica. Decisor y pretensor solo parten de una mirada interior que se expresa en una creencia, que aunque compartida en una comunidad, no posee una referencia, un anclaje sobre el cual se puedan objetivar todas las miradas.

El punto de la subjetividad interpretativa ha sido tratado por González Lagier (2013) como “proyección de los estados mentales”, lo que implica que cuando se atribuye determinada intención, dolor, etc en determinado agente (en este caso la víctima del daño moral), en realidad lo que el sujeto interpretativo realiza es lo que en psicología se conoce como acto de “proyección”. Esto implica “extrapolar” los estados mentales del interprete al sujeto interpretado. Con ello, de manera inevitable, se filtra la posibilidad del error, debido al desconocimiento que se tiene del propio agente, de sus estados mentales, creencias y sufrimiento.

¿Son realmente los jueces quienes se hallan en condiciones de determinar de manera intuitiva, discrecional quienes padecen o no un supuesto de daño moral?

Las posturas cognoscitivas discrepan en este punto. Ya que es imposible eludir el “acto de proyección psicológica”. Esta es una verdad científica que se denomina “error fundamental de atribución” y consiste en que “cuando evaluamos el comportamiento de los demás tendemos a subestimar las influencias situacionales y a sobrestimar las disposiciones” (Cosacov 2018).

Si el “aparato interpretativo” del juzgador es permeable a errores involuntarios, propios de su construcción psíquica y experiencia vital irreplicable, entonces el aspecto factico del daño moral (la afectación del espíritu según los no cognoscitivas o la psiquis para los cognoscitivas) será determinado con un alto grado de aleatoriedad, lo que implica una falla esencial del aspecto predictivo que la seguridad jurídica requiere para sus sentencias y con ella el ajuste de conducta al que deberán atenerse sus destinatarios (los miembros de una comunidad).

¹⁷ ATIENZA Manuel, (2014): *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Ed. Trotta, p 547.

Es el aspecto factico de la universalidad el que está en juego o se disputa en las distintas posturas. Pareciera que, ante el test de la universalidad, los argumentos, las posturas cognoscitivas ofrecen mayores “garantías” o un soporte teórico de donde extraer las premisas externas del razonamiento.

2. Coherencia (normativa y narrativa): Bajo este criterio de justificación las dos posiciones que venimos confrontado evidencian una robustez importante, tanto normativa como narrativa, ya que los marcos teóricos, normativos y de principios que cada una defienden, cubren satisfactoriamente el paso de las premisas a las conclusiones

Las razones para esta afirmación son claras: la posición no cognoscitiva descansa, como ya se ha desarrollado, no en una pretensión de verdad por correspondencia sino precisamente en una más de tipo pragmática o coherentista. Esa es su fortaleza, ser coherente dentro de un relato-creencia que afirma la existencia de entidades no materiales, las cuales pueden “sufrir” -al igual que las materiales- de un menoscabo. Por esa razón es que pueden ser resarcidas bajo el rubro de daño moral.

La postura cognoscitiva, en cambio, basa su marco de creencia y coherencia teórica, en la búsqueda de otro tipo de verdad, que es la que solo cree en entidades externas, materiales y verificables (empíricamente). A diferencia de la versión no cognoscitiva, esta posición no se conforma con la mera coherencia interna de sus premisas, sino que ellas dependen, a su vez, de una justificación externa que puede ser aportada desde las ciencias, las reglas de la experiencia, etc.

Quizás en este punto sea donde ambas presenten sus diferencias más profundas dentro de este tópico: la innecesaridad de una justificación externa para afirmar la premisa menor en la posición no cognoscitiva, lo que es perfectamente comprensible bajo el parámetro de verdad que la define y por el carácter ideal de su ontología; y a la inversa, el carácter necesario que requiere, exige, la posición cognoscitiva para extraer primero sus premisas fácticas y luego sí, una vez obtenidas estas, desandarlas internamente, coherentemente, junto a los principios y premisas normativas.

3. Adecuación de las consecuencias: Afirma Atienza (2013) que “mientras la coherencia mira hacia el pasado, el criterio de las consecuencias se enfoca hacia el futuro”. Esto implica un análisis probabilístico, predictivo, no necesario ni cierto, basado en aspectos finalistas o de corrección.

Así la posición cognoscitiva parece ser más sólida si se abordan las consecuencias desde una visión que contemple un análisis económico del derecho: los *ratios* de probabilidad estadística y de costos podrían ser ponderados con mayor eficiencia bajo esta mirada, puesto que presuponen mayor rigurosidad en la determinación causal de los hechos en general y los daños en particular.

La lógica de daños se vincula con la reparación y los costos de estos. Los recursos son escasos, esta es una máxima de la economía, por ello prever su asignación (o reasignación) no parece ser una cuestión menor. Este tipo de abordajes tiene un aspecto central y por ello el desarrollo tan extraordinario que han tenido tanto los sistemas de aseguramiento como las propias compañías de seguros. El objetivo se ha centrado, más que en la atribución de responsabilidad, en la previsión que se necesita para su reparación.

El modelo o posición no cognoscitiva favorece la mirada sensible, empática del juzgador, le da un margen de libertad que con la opción cognoscitiva se pierde. La

discrecionalidad judicial se presenta de este modo como las caras de una moneda, podríamos llamarla discrecionalidad positiva y negativa respectivamente.

Si bien es cierto que con las ciencias y el racionalismo se obtienen mayores grados de certeza y objetividad que con el modelo no cognoscitivo, no menos cierto es que el horizonte de conocimiento no deja nunca de ser provisorio y revisable. La historia de la epistemología está plagada de estos ejemplos, lo que nos invita a asumir que los márgenes de error en la posición cognoscitiva existen y no pueden ser ignorados. Podría denominarse falibilidad a este aspecto negativo de la posición cognoscitiva. Falibilidad y discrecionalidad negativa son las caras ocultas de las dos posiciones que hemos fijado en torno a la prueba del daño moral, desde el criterio que nos permite evaluar las consecuencias en su aspecto finalista.

4. Moral social: Respecto de este último criterio de análisis cabe formularse una primera pregunta que se vincula con la pertinencia al tema tratado ¿La prueba del daño moral se relaciona con aspectos de moralidad social?

La moralidad social (justificada o mayoritaria) nos dirá cuando algo (un hecho) está bien o está mal, si es aceptable o repugnante a los valores imperantes, etc. Pero ¿define la plataforma fáctica, la premisa menor del silogismo jurídico?

Las creencias de una sociedad no solo hablan de su sistema de valores, también asignan –como hemos visto– criterios de verdad sobre hechos y cosas. El plano de los valores es accesorio de aquellos, es su reflejo y de lo que se predica el valor.

Por ello hay una ontología de los valores que no se identifican con las propias cosas (reales o ideales). Si estos sistemas de creencias determinan las sustancias sobre las que los sistemas de valores actuaran (bajo la idea de una moralidad social), entonces puede extraerse un vínculo entre estos, aunque no por ello se confundan.

La cuestión a revisar es la de si un sistema de creencias general, mayoritario debe ser acatado para definir (asumimos que puede) si un determinado hecho como el daño moral ha acaecido efectivamente o no. Definir una realidad no es un tema menor y en esa complejidad temática se inserta el interrogante, pues si la mayoría cree en la existencia de un espíritu inmaterial, entonces la posición no cognoscitiva debería prevalecer; en cambio si la visión o creencia mayoritaria no alcanzara para definir esta realidad y se necesitara en cambio una justificación, que aunque minoritaria fuese la más sólida desde el punto de vista argumental, entonces la postura cognoscitiva tendría sus mayores chances de prevalecer.

Cuando se asigna a los jueces la función de interpretar estos aspectos valorativos-morales sin un anclaje que les permita revisar sus propias creencias y proyectarlas, la cuestión parece peligrosa de manejar. Ya hemos aludido a los “sesgos” interpretativos que pueden ocurrir como el “error fundamental de atribución” o los propios prejuicios basados en estereotipos. Estos son limitantes que deberían considerarse al momento de asignarles a los jueces la capacidad de afrontar decisiones de este tipo.

V.- Bibliografía

ATIENZA Manuel, (2014): Curso de argumentación jurídica. Madrid, España: Ed. Trotta.

TARUFFO Michelle, (2011), La prueba de los hechos. Madrid, España: Ed. Trotta.

PIZARRO Daniel y VALLESPINOS Carlos G., (2018), Tratado de responsabilidad civil, Buenos Aires, Argentina, Ed Rubinzal Culzoni.

GASCÓN ABELLÁN Marina, (2010), Los hechos en el derecho, Barcelona, España, Ed Marcial Pons.

HARRE Rom, (2002), Cognitive Science, A Philopical introduccion, SAGE, Londres, Inglaterra. (traduccion de prof Nicolas Venturelli)

GONZÁLEZ LAGIER Daniel, (2013), Quaestio facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción), Barcelona, España, Ed Marcial Pons.

GARCÍA MORENTE Manuel, (2013), Lecciones preliminares de filosofía, Buenos Aires, Argentina, Ed Losada.

ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, (1996), Resarcimiento de daños, Buenos Aires, Argentina, Ed Hammurabi tomo 2a.

BUSTAMANTE ALSINA Jorge, (1997), Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Argentina, Ed Abeledo Perrot.

CHURCHLAND Paul, (1992), Materia y Conciencia, Barcelona, España, Ed Gedisa.

BUNGE Mario, (2013), La ciencia, su método y la filosofía, Madrid, España, Ed Leer.

JUÁREZ FERRER Martin, (2017), Cuantificación del daño, Buenos Aires, Argentina, Ed La Ley.

COSACOV Eduardo, (2018), Introducción a la Psicología, Córdoba, Argentina, Ed Brujas.

Responsabilidad por daños sufridos en el marco del transporte benévolo

Por Jimena Márquez¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Nociones conceptuales y delimitación de la figura. III.- ¿Responsabilidad extracontractual por factores de atribución subjetivos u objetivos? 1.- Tesis subjetivista. A.- Implicancias de la aplicación del sistema de responsabilidad por culpa. B.- Fundamentos que sustentan la tesis subjetivista. 2.- Tesis objetivista. A.- Implicancias de la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva. B.- Fundamentos que sustentan la responsabilidad en base a factores objetivos de atribución. IV.- Un supuesto especial: El transporte clandestino de personas. V.- Estado actual de la jurisprudencia. 1.- Ámbito nacional. 2.- Provincia de Córdoba. VI.- Conclusiones. VII.- Bibliografía.

Resumen: El trabajo analiza la regulación legal aplicable en materia de transporte benévolo, concretamente qué sistema de responsabilidad civil corresponde aplicar frente a daños sufridos en este marco. Tras años de debates doctrinarios y jurisprudenciales, la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial arroja claridad a la discusión. Una interpretación sistemática de sus normas conduce a la aplicación de factores objetivos de atribución en base a los arts. 1757, sgtes. y concordantes, teniendo en cuenta que el automóvil es una cosa riesgosa y que los daños que con él se causan generan una presunción de responsabilidad en cabeza de su dueño o guardián (titular registral o conductor).

Abstract: This paper analyzes the legal regulation in a matter of disinterested carriage or simple courtesy carriage, specifically which civil liability system should be applied against damages suffered in this context. After years of doctrinal and jurisprudential debates, the sanction of the Civil and Commercial Code sheds clarity on the discussion. A systematic interpretation of its rules leads to the objective attribution factors application, based on arts. 1757, sgts. and concordant, due to the fact that the automobile is a risky res and that

¹ Abogada (UNC), Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC); Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC).

Palabras clave:

Responsabilidad Civil - Transporte benévolo - Naturaleza jurídica - Factor de atribución aplicable - Debate - Implicancias. Regulación del Código Civil y Comercial - Criterios jurisprudenciales

Keywords: Civil Liability- Disinterested carriage- Legal nature- Attribution factors- Discussion. Implications- Civil and Commercial Code- regulation. Jurisprudential criteria

the damages caused by it generate a presumption of responsibility on the part of its owner or guardian (registration holder or driver).

I.- Introducción

El transporte benévolo o de cortesía es un tema que no cuenta con regulación legal específica en nuestro sistema jurídico y ha suscitado muchas discusiones entre la doctrina y la jurisprudencia.

La figura, controvertida desde sus orígenes, ha tenido en el epicentro del debate profundas cuestiones que la componen y que van desde debatir su naturaleza jurídica, su carácter de acto jurídico o de simple acto de cortesía, si es susceptible de generar responsabilidad o si debe defenderse la irresponsabilidad del transportador, si esta responsabilidad es contractual o extracontractual, y en este último supuesto, si debe aplicarse el sistema de responsabilidad por culpa o factores objetivos de atribución en base al riesgo y peligro de la cosa.

Ya se superó la disputa sobre la naturaleza del transporte benévolo, al haber prevalecido la hipótesis de que se trata de un acto de cortesía y no de un contrato a título gratuito².

También perimió la teoría que postulaba la irresponsabilidad total del transportador, bajo el argumento de que su conducta constituía un hecho extrajurídico.

Actualmente no hay dudas de que los daños causados con motivo del transporte benévolo deben ser reparados por el responsable, y de que éste no responderá por el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, sino por la violación del deber genérico de no dañar a otro³.

En algunos ámbitos subsiste la disputa por el factor de atribución que debe aplicarse. Es decir, si la solución de los casos debe regirse por el sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, o si debe basarse en la aplicación de factores objetivos de atribución en base al hecho de las cosas y por actividades riesgosas o peligrosas, postura que actualmente es avalada por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

En un fallo reciente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha variado su doctrina, inclinándose por la aplicación del régimen objetivo frente a daños causados en el marco del transporte benévolo⁴.

La adopción de dicha solución judicial implicó en el foro cordobés el acogimiento de la tesis predominante, pero no sin antes reabrir el debate que inspira la materia.

El presente trabajo se propone efectuar un análisis del régimen de responsabilidad civil aplicable a la reparación de los daños causados con motivo del transporte benévolo.

En concreto, se abordará el tema bajo la óptica de los dos sistemas legales referidos, según se considere que se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva en los términos de los arts. 1724 y concs. del Código Civil y Comercial, o bien, de responsabilidad en base a factores objetivos de atribución según los arts. 1757 y sgtes. del mismo cuerpo normativo.

Luego se indagará acerca de las implicancias de adoptar uno u otro régimen y se examinarán las soluciones legales proporcionadas por el Código Civil y Comercial.

² APARICIO, J. M.. *Contratos, Parte General*. Ed. Hammurabi, Bs.As., 2016, p. 54.

³ APARICIO (n. 1), p. 54.

⁴ TSJ Cba., Sala CyC., Sent. N° 103 del 03/09/2019 en "Avaro, Francisco José C/ Rivas, Mario Nicolás".

También se hará una breve referencia a la última jurisprudencia de los tribunales y finalmente se intentará realizar un aporte crítico sobre el tema.

II.- Nociones conceptuales y delimitación de la figura

El transporte benévolo es aquél en función del cual el conductor de un vehículo, movido por un acto de amabilidad, transporta a una persona hacia otro lugar, sin que esta última se obligue a cumplir ninguna prestación a cambio. Es una modalidad de transporte muy frecuente, que se presenta usualmente en el trayecto realizado dentro de una ciudad, o por rutas, en cuyo caso a sus transportados vulgarmente se los denomina como viajeros “a dedo”.

Es aquél que tiene lugar cuando el conductor o responsable de un vehículo, invita o acepta conducir a una persona o a un objeto, de un lugar a otro, por un simple acto de cortesía o solidaridad y sin que se otorgue contraprestación por el traslado⁵.

Autores como Brebbia han definido al transporte benévolo como: “aquellos casos en que el conductor dueño o guardián del vehículo, invita o consiente en llevar a otra persona, por acto de mera cortesía o con la intención de hacer un favor, sin que el viajero se encuentre obligado a efectuar retribución alguna por el transporte”⁶.

Para Llambías, existe transporte benévolo o de complacencia cuando el conductor de un vehículo, por un acto de cortesía y con intención de beneficiar a otro lo traslada de un punto a otro, sin que la persona favorecida con el transporte se obligue a prestación alguna⁷

En líneas generales, de todas las conceptualizaciones surge que es un elemento central e indispensable la actitud desinteresada del transportista, quien realiza un acto generoso con la intención de favorecer al tercero que lo solicita sin buscar nada a cambio.

En el sistema legal argentino no existe una normativa que contemple específicamente esta figura y tal vacío se ha suplido pretorianamente con las normas relativas al transporte terrestre.

De todos modos, en la regulación del Código Civil y Comercial sobre el contrato de transporte, la situación del transporte benévolo no encuentra recepción, dado que la ley reconoce dos posibilidades: o bien hay contrato de transporte, para lo que requiere que la prestación del servicio tenga como contraprestación el pago de un precio o flete (art. 1280), o bien hay transporte gratuito, el que es ajeno a las normas del recién referido, las que sólo se aplican cuando el transporte es ofrecido al público por el transportista en el curso de su actividad (art. 1282).

Pese al vacío legal para su determinación, los autores se han encargado de delimitar sus elementos de configuración.

Entre ellos, Kemelmajer de Carlucci⁸ ha sistematizado de modo preciso los elementos distintivos:

a. Voluntad del conductor de llevar a otro por pedido o por invitación.

⁵ PIZARRO, R. D. *Tratado de la responsabilidad objetiva*, Ed. La Ley, Bs.As., t. II, p. 359-360.

⁶ BREBBIA, R. H. *Accidentes de automotores: doctrina, legislación y jurisprudencia*, Ed. Bibliográfica Ameba, Bs.As., 1961, p. 231.

⁷ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, Bs. As., 1973, t. III, p. 575 y ss

⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada del transporte benévolo de personas”, en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje a Luis Moisset de Espanés*, Ed. Universidad, Bs.As., 1980, p. 285.

- b. Traslado independiente de toda relación jurídica. No será benévolo, por lo tanto, el transporte gratuito o el interesado, porque en estos casos sí hay una relación jurídica.
- c. *Animus beneficiendi* por parte del conductor. Su voluntad debe estar orientada únicamente por la cortesía, la amistad o la complacencia.
- d. Ausencia de contraprestación por parte del transportado.

Similares requisitos han puntualizado Pizarro y Vallespinos⁹:

- a. Manifestación de voluntad del transportista, quien acepta o acuerda en llevar a una persona o sus cosas hacia otro lugar. Debe existir un acuerdo, pero este no apunta a crear derechos ni obligaciones entre las partes.
- b. Debe ser realizado en interés exclusivo del viajero, con intención de beneficiarlo. No se da cuando se realiza para satisfacer una necesidad del transportista (por ej., que el transportado le ayude a manejar en la ruta); en esos casos, cuando existe un interés de aquél el transporte deja de ser benévolo.
- c. No debe existir una relación jurídica entre las partes, pues en ese caso el transporte se consideraría accesorio de la relación principal.
- d. No debe haber intención de celebrar un contrato, en cuyo caso se consideraría que existe un contrato gratuito de transporte. En ello radicaría la diferencia entre transporte benévolo y contrato gratuito de transporte, esto es, en el primer caso existe una intención por parte del transportador en beneficiar al transportado en beneficio exclusivo de este último, mientras que en el transporte gratuito, éste se celebra sin recibir una contraprestación del transportado pero para satisfacer una relación jurídica anterior o un interés del conductor.
- e. Debe haber ausencia de contraprestación por parte de la persona benévolamente transportada.
- f. Se ha destacado que “el elemento más relevante que lo tipifica es el transporte hecho con la intención de hacer un favor —por lo que no hay deber o relación jurídica que disponga dicho transporte— lo cual revela la existencia de un interés preponderante por parte de quien es transportado. Así entendido, el favor hacia el tercero no se le impone, sino que se ofrece o se acepta su realización por diversas razones que pueden corresponder a la generosidad, la nobleza, la relación de amistad, la gratitud”¹⁰.

En cuanto a su naturaleza, un sector minoritario de la doctrina considera que el transporte benévolo es una figura contractual; que es un contrato atípico de transporte desinteresado pues su gestación da lugar a un acuerdo de voluntades apto para generar derechos y obligaciones entre transportista y transportado¹¹. No obstante, la mayoría de los juristas coincide en afirmar que esta clase de transporte constituye un acto de cortesía o de amabilidad y que se trata de una situación

⁹ PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C.G., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, t. III, p. 28-29.

¹⁰ COSSARI, M., *La responsabilidad civil en el transporte benévolo*. La Ley Argentina, DJ25/04/2012, 14, Cita Online: AR/DOC/1019/2012.

¹¹ PIZARRO y VALLESPINOS (n. 7), t. III p. 30, cit. a Bianchi, López de Zavalía, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Karlucci según Belluscio y Zannoni en obra citada en la nota al pie n° 35.

meramente potestativa para el transportador que no tiene la voluntad de sujetarse a vínculo alguno en el plano del derecho¹².

Pero ello no quiere decir que el transporte benévolo no resulte generador de responsabilidad. Se encuentra descartada la posición según la cual aquél no es más que un mero hecho social, ajeno al ámbito jurídico y por ende, incapaz de generar responsabilidad civil. Dicha postura sostenía la irresponsabilidad del transportador, centrada en el argumento de que su conducta era considerada como un hecho extrajurídico¹³.

Actualmente se reconoce que el transporte de cortesía es susceptible de producir responsabilidad, y que el conductor debe responder por los daños injustamente sufridos por el transportado, responsabilidad que no se genera a raíz de un incumplimiento contractual, sino que se activa por la violación del deber de no dañar a otro.

En otras palabras, las normas sobre la responsabilidad extracontractual son las que resultan de aplicación a la responsabilidad civil por daños ocasionados en el marco del transporte benévolo¹⁴.

Lo que ocurre es que a lo largo del tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han asumido posiciones divergentes y oscilantes en orden al factor de atribución que corresponde aplicar.

La problemática se ha centrado en determinar en qué sistema de responsabilidad extracontractual corresponde encuadrar a la que pesa sobre el conductor por los daños sufridos por un pasajero en el marco del transporte benévolo. Es decir, si el damnificado puede invocar la aplicación de los factores objetivos de atribución previstos en el art. 1757 del Código Civil y Comercial y ampararse en sus presunciones –concretamente, del guardián o del titular registral del automóvil involucrado, que resulta del art. 1758 del Código Civil y Comercial- o bien, si resultan aplicables los parámetros subjetivos de responsabilidad por culpa del conductor (art. 1724 del mismo cuerpo legal).

La cuestión apuntada, objeto de muchas controversias durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, ha quedado más esclarecida luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, dado que una interpretación correcta de sus normas deriva en la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva en base al riesgo creado que resulta de los artículos 1757 y 1758 del CCC¹⁵.

No obstante, se hará una distinción de los dos sistemas.

III.- ¿Responsabilidad extracontractual por factores de atribución subjetivos u objetivos?

Corresponde analizar cuál sería el régimen legal aplicable en cada caso.

1.- Tesis subjetivista

¹² APARICIO (1), p. 54.

¹³ APARICIO (n. 1), p. 54.

¹⁴ Acuña Anzorena, Aguiar, Alterini-Ameal-López Cabana, Anaya y Podetti, Arean, Boffi Boggero, Borda, Brebbia, Brito Peret, Bustamante Alsina, Cammarota, Colombo, Daray, Della Croce, Galli, López Lastra, Llambías, Orgaz, Saux, Piccaso, Trigo Represas, Pizarro, entre otros. Posturas referidas en TRIGO REPRESAS, F. A. *Responsabilidad extracontractual por daños en un transporte benévolo*. La Ley Argentina, 2012, Cita Online: AR/DOC/2623/2012.

¹⁵ PIZARRO y VALLESPINOS (n. 7), p. 32.

Para quienes entienden que la responsabilidad del transportista se enmarca dentro del sistema subjetivo en base a la culpa de aquél, la normativa aplicable sería la del art. 1724 y concordantes del Código Civil y Comercial, anteriormente regulado en el art. 1109 del Código Civil.

Entre ellos, Trigo Represas¹⁶ y Bustamante Alsina¹⁷ consideraban aplicable el art. 1109 del Código Civil, en cuanto sanciona la obligación de reparar el perjuicio a cargo de todo el que ejecute un hecho, que por su culpa o negligencia, ocasione un daño a otro, agregando éste último que quien sufrió un daño a raíz de una mala maniobra del conductor cuando era desplazado dentro del vehículo, no puede invocar el vicio o riesgo de la cosa pues este factor solamente funciona en relación a las personas o cosas externas que resulten dañadas por el hecho autónomo de aquélla.

Este sistema normativo establece como factores subjetivos de atribución a la culpa y al dolo, especificando que la culpa 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, y que comprende la imprudencia, la negligencia, y la impericia en el arte o profesión.

La regulación -art. 1725 del CCC- brinda pautas para la valoración de la conducta, especificando parámetros como el deber de obrar con prudencia, la diligencia exigible, el grado de previsibilidad de las consecuencias, la existencia de una confianza especial, la naturaleza del acto y las condiciones de las partes.

A.- Implicancias de la aplicación del sistema de responsabilidad por culpa

En virtud del sistema subjetivo, para que haya responsabilidad, el actor tiene que demostrar la culpa o negligencia del demandado en la producción del daño, mientras que éste podrá liberarse probando su falta o ausencia de culpa.

Este régimen trae consigo mayores posibilidades de liberación del demandado, ya que exige una mayor actividad probatoria por parte del accionante para demostrar la culpabilidad o negligencia del agente dañoso. Esto no tendría lugar si se aplica el sistema objetivo, en donde al basarse en las presunciones por el riesgo creado por la cosa como factor objetivo de atribución y en la peligrosidad del automotor, al actor bastará con probar el daño y el nexo causal para responsabilizar al conductor por ser dueño o guardián de la cosa riesgosa, prescindiendo de cualquier noción de culpa.

B.- Fundamentos que sustentan la tesis subjetivista

Los fundamentos que alegan quienes apoyan esta tesis, se centran en que el sistema de la imputación subjetiva permite apreciar la culpa con menor rigor, por tratarse de un acto de benevolencia; que la diligencia exigible al conductor es menor por la ausencia de onerosidad y profesionalidad¹⁸.

¹⁶ TRIGO REPRESAS (n. 12), p. 5.

¹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, J. *En el transporte benévolo no se puede invocar como factor de responsabilidad el vicio o riesgo de la cosa*. La Ley Argentina, 1991-D, p. 106, cit. por COSSARI (n. 8), p. 3.

¹⁸ PIZARRO y VALLESPINOS (n. 7), p. 31.

Se ha sostenido también que debe limitarse el alcance de los daños indemnizables, especialmente aquellos de naturaleza extrapatrimonial, los que deberían ser atenuados en base al gesto de buena voluntad que tuvo el transportista¹⁹.

También se esgrimía bajo la codificación anterior el argumento de la asunción de riesgos, a lo que asignaban virtualidad eximitoria por la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro²⁰. Esto ha sido echado por tierra con la nueva codificación, ya que expresamente ha establecido en su art. 1719 que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

La tesis subjetivista en materia de transporte benévolo imperó en la doctrina judicial de Córdoba a lo largo de siete años, a partir del fallo del Tribunal Superior de Justicia “Rodríguez Nora Etel c/ Sucesión de Oliva” (Sentencia Nro. 38 del 29/02/12). En este precedente, el Alto Cuerpo varió su criterio anterior que postulaba la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva en base al *leading case* provincial en ese entonces, el caso “Aguilera”²¹, la que tenía amplia acogida en la mayoría de los tribunales locales²².

Según se explicó en el fallo “Rodríguez Nora Etel”, lo que justificó la adopción del régimen de responsabilidad subjetiva fue la severidad con que se juzgaba al demandado en virtud del art. 1113 2º p. del CC de Vélez, el cual dejaba escasas posibilidades de eximirse de responder a una persona que estaba prestando un favor a quien lo demandaba, conduciéndolo en el automóvil por cortesía y solidaridad, de manera desinteresada. Por razones de equidad, y en virtud de los principios éticos y morales, se dijo que no era justo que esa actitud de gentileza en interés de la víctima fuera castigada de la misma manera en que se responsabiliza a un conductor que presta un servicio en su propio interés con la cosa riesgosa, aprovechándose económicamente de ella.

En la oportunidad de fallar, se fundamentó el cambio de régimen legal en razones de moralidad y en la gratuidad del servicio, lo que impuso en aquél momento considerar con menor rigurosidad la responsabilidad de quien realiza una prestación en forma desinteresada, actuando de buena voluntad en favor de la víctima. Se entendió como justo que la responsabilidad del autor del daño se atempere, apreciando los hechos constitutivos de su culpa o negligencia según las circunstancias del caso concreto. No obstante, el fallo no fue unánime, ya que el Dr. Domingo J. Sesín mantuvo su posición a favor de la aplicación de la responsabilidad objetiva de acuerdo con el anterior fallo “Aguilera”, tesitura que recientemente fue adoptada en la causa “Avaro c/ Rivas”²³ por la Dra. María Marta Cáceres de Bolatti conformando una nueva

¹⁹ CHAMATROPULOS, D. A., “La Responsabilidad en el transporte benévolo”, *Revista Foro de Córdoba*, N° 156, Cba., 2012, p. 162, cit. por ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R., *La Responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni, Cba., 2019, t. IV, p. 386.

²⁰ PIZARRO y VALLESPINOS (n. 7), p. 32.

²¹ TSJ, Sala. CyC., “Aguilera Silvia del Valle c/ Jorgelina Zulma Belén y/o titular dominial el vehículo”, 15/08/00.

²² Cam. 1º CyC., “Vildoza c/ Ferreyra Cravero”, Sent. N° 217 del 03/12/09; Cám. 6º CyC., “Salas c/ Rovelli”, Sent. N° 10 del 10/03/10 y “Sanchez c/ Moscardo”, Sent. N° 1 del 07/02/12; Cam. 7º CyC., “Iturri c/ Roteda y ot.”, Sent. N° 34 del 08/05/00.

²³ TSJ Cba., Sala CyC., “Avaro, Francisco José C/ Rivas, Mario Nicolás - Ordinario”.

mayoría al fallar, lo que generó un retorno del Alto Cuerpo hacia la doctrina de aquél caso.

2.- Tesis objetivista

La postura que considera que la responsabilidad extracontractual generada en el marco del transporte benévolo debe regirse en base a factores objetivos de atribución es la que impera ampliamente y es la que encuentra aval dentro de las normas del Código Civil y Comercial.

Si bien la codificación ahora vigente no regula expresamente la figura, una interpretación sistemática de las reglas de la responsabilidad extracontractual permite sostener que en esa materia corresponde aplicar factores de atribución objetivos en base al riesgo creado, de acuerdo a los arts. 1757 y 1758 del CCC.

En cuanto al transporte benévolo, en el Código Civil y Comercial “la responsabilidad objetiva por riesgo hacia un transportado benévolamente se funda también en el riesgo del automotor y de la actividad de la conducción (arts. 1757 y 1758), y en la remisión a esos preceptos en la atribuida por accidentes de tránsito o daños causados por la circulación de vehículos (art. 1769)”²⁴.

Incluso, para algunos juristas, dicha circunstancia ha implicado que el debate ha perdido buena parte de su importancia luego de la sanción del nuevo código, cuyas normas conducen indudablemente a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, la que queda regida por los estándares previstos para la responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas o peligrosas que prevé dicha normativa²⁵.

En líneas generales, para que se configure la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa es necesario acreditar la concurrencia de los siguientes requisitos, cuya prueba incumbe al actor: 1. intervención activa de la cosa riesgosa o viciosa, o que el daño provenga del riesgo o vicio de la actividad despegada, 2. daño resarcible y 3. relación de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño.

Configurados tales presupuestos, la carga de la prueba en orden a la concurrencia de un eximente de responsabilidad pesa sobre el demandado.

A.- Implicancias de la aplicación del sistema de responsabilidad objetiva

De acuerdo a lo antedicho, a la víctima le basta acreditar el daño y la relación de causalidad con el transporte benévolo para que nazca a su favor la presunción de responsabilidad del dueño o guardián del vehículo en la producción del perjuicio. Este únicamente podrá eximirse cuando acredite un hecho ajeno por el que no debe responder y que tenga suficiencia para romper la relación de causalidad (hecho del damnificado o de un tercero por quien no debe responder, caso fortuito o fuerza mayor).

La aplicación de este régimen conlleva una menor actividad probatoria para el actor y un mayor esfuerzo en cabeza del demandado, ya que al fundarse en presunciones en base al riesgo creado por la cosa como factor objetivo de atribución y en la peligrosidad del automotor, la víctima podrá limitarse a probar el daño y el nexo causal para responsabilizar al conductor dueño o guardián de la cosa riesgosa.

²⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (17), p. 382.

²⁵ PIZARRO y VALLESPINOS (7), p. 32.

B.- Fundamentos que sustentan la responsabilidad en base a factores objetivos de atribución

En primer lugar, no hay dudas de que el automóvil es una cosa riesgosa, y de que los daños que con él se causan generan una presunción de responsabilidad en cabeza de su dueño o guardián (titular registral o conductor), en los términos de los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial.

Siempre que medie un transporte en automotor, el riesgo opera como factor de atribución, porque el transportado no domina la conducción ni el peligro inherente al desplazamiento del automotor. Esta circunstancia no varía, ya sea que se haya abonado un precio por el viaje, se trate de un contrato gratuito o de un transporte por un gesto de cortesía²⁶.

El riesgo del automóvil en cualquier caso está presente y no se ve alterado por el hecho de que se trate de un acto de benevolencia, de un transporte prestado por cortesía, lo que se ve ratificado con las normas, en especial el art. 1769 del CCC que al regular los daños derivados de la circulación vehicular en ningún momento distingue entre transporte benévolo o de cualquier otro tipo. Este artículo expresamente dispone que a los daños causados por la circulación de vehículos se le aplican las normas referidas a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas, es decir, factores objetivos de atribución.

Esta clase de responsabilidad, derivada del hecho de las cosas y de las actividades riesgosas tiene una base puramente objetiva, ajena a cualquier noción de culpa.

Con base en el art 1769 del Código Civil y Comercial, los daños derivados de todos los accidentes de tránsito en los que intervienen automotores que transportan a personas, caen bajo el régimen de responsabilidad objetiva del dueño o guardián por riesgo o vicio de la cosa, y por el peligro que entraña la actividad de conducción. Según calificada doctrina, ello es así, aunque los damnificados sean terceros no vinculados con el transportador, sus dependientes o la actividad de transporte, y también cuando las víctimas sean los pasajeros. Especialmente si se tiene en cuenta que éstos se encuentran dentro del rodado²⁷.

También se ha sostenido que resulta inadmisibles limitar la responsabilidad objetiva por daños a las personas derivados del transporte oneroso, pues ello sería incoherente con el criterio del “riesgo provecho”, y porque contraría el alcance de la obligación consagrada en el art. 1757 por actividades riesgosas. Esta norma no exige la obtención para el titular de una ventaja económica por el desarrollo del emprendimiento, sino la simple generación de un peligro por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización²⁸.

Por eso es que, según Zavala de González y González Zavala, circunscribir la responsabilidad objetiva del transportista al curso de cumplimiento de un contrato y exigir que éste sea oneroso, es incompatible con la unificación del sistema de reparación de daños, el que de acuerdo al art. 1716 del CCC contempla tanto la violación del deber de no dañar a otro, como el incumplimiento de una obligación²⁹.

²⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 385.

²⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 380.

²⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 381.

²⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 381.

Por otra parte, como se explicó más arriba, ya no es un argumento la otrora alegada asunción de riesgos por parte del transportado al prestar su aquiescencia para ser trasladado por otro gratuitamente³⁰.

Si bien esta teoría ya había sido considerada inaceptable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Tomassetti de Bonicelli María y otra c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos"³¹, ocasión en que afirmó que "el riesgo que asume el transportado benévolamente no alcanza al de perder la integridad física o la vida a menos que, debido a las particulares circunstancias de hecho del caso concreto, esa consecuencia hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir, lo cual permitiría, entonces, una asimilación de culpa", ahora ha quedado totalmente descartada en razón del art. 1719 del nuevo Código Civil y Comercial.

Según este precepto legal, el hecho de aceptar ser trasladado por un acto de generosidad de ningún modo puede conllevar la aceptación por parte del transportado de los peligros ínsitos en la conducción de un vehículo y la consecuente liberación de responsabilidad del transportador, pues la propia norma dispone que la exposición voluntaria de la víctima a un peligro no justifica el hecho dañoso, no exime de responsabilidad excepto que exista alguna eximente, ni tiene incidencia para mutar el régimen normativo aplicable a los daños causados por las cosas o por las actividades riesgosas.

Es decir, la exposición voluntaria al peligro por parte del damnificado sólo podrá enervar la responsabilidad del dueño o guardián del vehículo -o al menos limitarla a nivel de causa concurrente- cuando sea susceptible de calificarse como hecho del damnificado, configurando una eximente en los términos del art. 1729 del CCC. Ello no ocurre por la mera aceptación genérica de los riesgos inherentes a la conducción, lo que no es asimilable a la eximente por el hecho del damnificado, pero sí podría suceder por ejemplo cuando la víctima presta su consentimiento para subirse al vehículo sabiendo que éste tenía algún defecto, o conociendo la inaptitud o el estado de ebriedad del transportista, situaciones que son de un riesgo concreto.

Dicho de otro modo, si según las circunstancias del caso concreto surgiera que el transportado benévolamente incidió de alguna manera en el accidente, y que ello posee eficacia causal sobre el perjuicio, ello podría constituir una eximente por el hecho del damnificado y desplazar total o parcialmente la responsabilidad del dueño o guardián del vehículo. Fuera de ese supuesto que suprime -al menos con grado de concausa- al vehículo como generador del daño, es forzoso concluir que la mera aceptación de ser transportado con conocimiento del peligro genérico inherente a los automotores, no desplaza el carácter riesgoso que el vehículo posee por su propia naturaleza, y como consecuencia, no elimina la atribución de responsabilidad que la ley endilga al dueño o guardián en base a tales factores objetivos.

Es que en el transporte benévolo, en todo caso podrían estar excluidas exigencias particulares del transportado con respecto al itinerario del viaje, cumplimiento de horario o demás factores del estilo, pero no implica una neutralización del riesgo creado por la conducción del transportador generoso³². Ello, porque el hecho de que el traslado sea gratuito o solidario no alcanza para enervar la responsabilidad por la seguridad del pasajero. Tampoco podría afirmarse que el pasajero benévolamente transportado asume por ese hecho el carácter de coguardián del rodado. Es que el

³⁰ PIZARRO y VALLESPINOS (n. 7), p. 33.

³¹ CSJN, Sent. del 07/07/1992; Fallos 315:1570.

³² ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 383.

peligro se genera con la conducción, es decir es creado por el transportista, no por el pasajero. Como dijo Aida Kemelmajer de Carlucci, el guardián es y sigue siendo el transportador benévolo; él no ha transferido la guarda; el transportado usa la cosa, pero no tiene su dirección³³.

Otro motivo de peso para abonar la tesis objetivista es que, acorde con los principios de responsabilidad civil, lo que busca el ordenamiento jurídico no es castigar al transportista responsable, sino que se procura reparar integralmente el daño sufrido injustamente por el transportado en los términos del art. 1740 del CCC derivado del peligro creado por aquél en la conducción.

Si se analizan las cosas bajo ese prisma, no es correcto el argumento de que como el transporte tuvo lugar en el marco de un gesto de benevolencia en favor de quien luego resultó damnificado debe excluirse o limitarse la responsabilidad del transportista si no tuvo culpa en el accidente, pues el foco no debe ponerse en su conducta sino en el resarcimiento que merece la víctima por un daño injustamente sufrido y que no debe soportar, concretamente un daño causado a raíz del peligro generado por el conductor, peligro que configura un factor objetivo de atribución.

En otras palabras, el derecho que tiene el damnificado a ser resarcido en los daños injustamente soportados como consecuencia del peligro de la cosa no puede verse desplazado por la conducta generosa del transportista que intentó beneficiarlo con el traslado de cortesía, pues este acto solidario no autoriza a mutar el régimen legal aplicable a la responsabilidad objetiva del dueño o guardián de un vehículo.

Esta hermenéutica aplica tanto para los daños patrimoniales como extrapatrimoniales, los cuales merecen igual tratamiento y reparación, siempre que se trate de daños resarcibles.

Como atinadamente apuntaron Zavala de González y González Zavala³⁴, el gesto originario de benevolencia en la traslación no incide en la causa misma del daño, ni en su entidad, ni siquiera en ausencia de culpa por el accidente donde el transportado puede fallecer o quedar inválido. El favor recibido no se paga con el tremendo precio de eliminar o suavizar una indemnización por pérdida de la vida o afectación de la integridad personal.

En definitiva, atento todos los argumentos expuestos y en especial atención a lo dispuesto por los arts. 1719 y 1769 del Código Civil y Comercial, en los casos de responsabilidad extracontractual en el marco del transporte benévolo corresponde aplicar factores objetivos de atribución de acuerdo a los arts. 1757 y 1758 del mencionado cuerpo legal.

De acuerdo a todo lo expresado, es posible reflexionar que con el cambio de legislación, los argumentos más fuertes que invocaban los adeptos a la tesis subjetivista como la teoría de la asunción de riesgos por parte del damnificado- han quedado sin soporte legal y que actualmente se encuentran reducidos a una cuestión de principios, en función de la invocación de razones de equidad y del altruismo como fundamento para juzgar de un modo menos severo y flexibilizar la responsabilidad que podría endilgarse a un transportista benévolo por la solidaridad originaria de su conducta.

³³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Nuevamente sobre los daños causados por el llamado transporte benévolo" en *Daños en el transporte, Revista de Derecho de Daños*, N° 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2000, p. 65.

³⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 388.

No obstante, se considera que dichos argumentos resultan insuficientes para desplazar la aplicación de factores objetivos de atribución, los cuales en la legislación hoy vigente cuentan con todo el sustento legal, jurídico y jurisprudencial. Además, aún si se asume que en un sistema como el nuestro, compuesto no sólo de normas sino también de valores y principios cardinales, no deben dejarse de lado nociones tales como como la buena fe y la equidad, de todas maneras el Código otorga la posibilidad de recurrir a la herramienta contemplada en el art. 1742 a la hora de cuantificar el daño, en función de la cual el juez podrá atenuar la indemnización si fuera equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho, excepto dolo del responsable. Esta figura en modo alguno requiere la concurrencia de ciertos factores de atribución en particular, con lo cual es de inferirse su posibilidad de aplicación en el ámbito de la responsabilidad objetiva y con ello, colmar cualquier noción de equidad y justicia que deba primar en el caso concreto.

En resumen, el vehículo es una cosa riesgosa que entraña una peligrosidad inherente que sólo podrá ser sorteada por su conductor que detenta el control del rodado. La aceptación del viajero a ser transportado solidariamente no tiene fuerza para transformarse en causa o concausa del daño, excepto que con alguna conducta concreta de su parte haya contribuido a la producción del accidente.

Esta solución jurídica es la que ha sido ahora retomada en la Provincia de Córdoba con el dictado del fallo "Avaro", en donde el Tribunal Superior de Justicia, tras un cambio parcial de su integración, regresó a la tesis objetivista sentada años antes en el caso "Aguilera".

IV.- Un supuesto especial: el transporte clandestino de personas

Mención aparte merece el supuesto de los daños sufridos por aquellas personas que se transportan de manera clandestina, esto es, quienes sin conocimiento del dueño o conductor del vehículo y sin adquirir un pasaje en caso de que hubiera contrato de transporte, realizan un viaje clandestinamente en el vehículo.

Pizarro y Vallespinos³⁵ resaltan que para que se configure el transporte clandestino, es necesario que el modo de obrar del transportado que intenta viajar gratuitamente no se encuentre amparado en ninguna medida por el ordenamiento jurídico³⁶, que haya desconocimiento de la situación por parte del transportista y que aquél no tenga la intención de realizar el pago del pasaje en los casos en que se encuentre vinculada una empresa de transporte. Quedaría fuera de este supuesto el caso de aquellos pasajeros que suben a un transporte que cuenta con la máquina expendedora de boletos en su interior, o que el cobro lo realiza el chofer o un guardia una vez adentro del transporte.

El interrogante que se plantea en estas circunstancias es si puede responsabilizarse al transportista cuando una persona que se transporta de modo clandestino sufre daños en ocasión de su viaje.

Para un sector doctrinario, el dueño o guardián del vehículo no debe responder extracontractualmente atento la actitud ilícita del viajero, quien voluntariamente se

³⁵ PIZARRO y VALLESPINOS (n. 7), p. 33.

³⁶ Los autores ejemplifican que tal justificación puede tener lugar en el caso de algunos policías que viajan gratuitamente o de aquellos pasajeros que no pagan el precio del viaje por haber efectuado la compra de un determinado número de pasajes.

sometió a realizar un viaje clandestino y quien no hubiera sufrido daños de no haber obrado de tal modo³⁷.

Otra postura señala que el transportista debe responder cuando se demuestre culpa suya en la conducción, con lo cual la situación quedaría encuadrada dentro del régimen de responsabilidad subjetiva³⁸.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el sistema de responsabilidad objetiva en los términos de los arts. 1757 y 1758 del CCC, se han oído voces en contra, aduciendo especialmente que el transportado clandestinamente realizó el viaje en contra de la voluntad del transportista.

Pero los autores que se vienen citando consideran que no hay impedimentos para no utilizar este sistema y que así debe hacerse, teniendo en consideración una serie de factores que permitirían en todo caso flexibilizar su aplicación, a saber: ponderar en qué medida la conducta de quien viaja clandestinamente ocultando deliberadamente su presencia en el vehículo contribuye a morigerar la existencia del riesgo creado de la cosa o de la actividad desplegada, y que es innegable que la conducta clandestina del viajero contribuye causal o concausalmente en la producción del hecho dañoso³⁹.

También se ha agregado que descartar la aplicación de los factores objetivos de atribución ante los daños sufridos por un pasajero clandestino colisiona con una realidad: que el uso de dicha modalidad de transporte muchas veces se genera por la falta de controles adecuados por parte de quienes tienen a cargo tal fiscalización –el titular de la actividad o sus agentes–, lo cual ingresa al plano del riesgo de la actividad empresarial, riesgo dentro del cual se suele calcular previamente un porcentaje de pasajeros que se trasladan bajo la modalidad clandestina sin pagar el precio. De ahí que en principio, no corresponde excluir la responsabilidad objetiva del transportista, máxime si actúa con carácter empresario⁴⁰. Para Zavala de González y González Zavala, la actitud oculta del pasajero no tiene incidencia causal en la producción del accidente –excepto que éste haya ocurrido como consecuencia de la ubicación, maniobra o mala postura de aquél–, y por ello no configura un hecho del damnificado con fuerza de eximente en los términos del art. 1729 del CCC. Pero agregan que sí podría el transportista invocar el art. 1758 del CCC y liberarse de responder cuando demuestra que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. Ello ocurriría si acredita que el viajero clandestino burló controles para trasladarse fraudulentamente sin pagar el precio, mediante engaños al dueño o guardián que superen las medidas diligentes e idóneas para evitarlo⁴¹.

En definitiva, de lo expuesto surge que resulta plenamente aplicable el régimen de responsabilidad objetiva a los daños sufridos por pasajeros transportados clandestinamente, en base a los fundamentos legales y doctrinarios brindados.

³⁷ Ver autores citados en la nota al pie n° 41 de PIZARRO y VALLESPINOS (n.7), p. 33.

³⁸ *Ibidem*, nota al pie n° 42.

³⁹ PIZARRO y VALLESPINOS (n.7), p. 35.

⁴⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 388.

⁴¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ y GONZÁLEZ ZAVALA (n. 17), p. 390.

V.- Estado actual de la jurisprudencia

1.- Ámbito Nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *“Pardo, Rodolfo y otros c/ Doscientos Ocho Transporte Automotor y otro s/ Recurso de hecho”*, Sentencia del 8 de Mayo de 2001, aplicó el régimen de responsabilidad objetiva en un caso de transporte benévolo.

Posteriormente, en el fallo *“Melnik de Quintana c/ Carafi y otros”* del 23/10/2001 (M. 520 XXXV) se inclinó nuevamente por el sistema de responsabilidad objetiva, aclarando que el asentimiento del damnificado que participó en carácter de transportado bajo la modalidad benévola no implica la asunción de los riesgos del viaje y por eso no configura una causal de eximición de la responsabilidad.

En su resolución, consideró que el riesgo que acepta la víctima no alcanza al de perder la integridad física o la vida, a menos que debido a las circunstancias particulares del hecho esa consecuencia hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir, lo cual permitiría una asimilación a la culpa (Fallos: 315:1570 y 319:737).

En este precedente, el Máximo Tribunal de la Nación destacó que por tratarse de un detrimento generado por la participación de una cosa riesgosa, basta que el afectado demuestre el daño sufrido y su relación de causalidad con aquélla, quedando a cargo del dueño acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. La supuesta participación en la creación del riesgo del transportado no implica -salvo circunstancias excepcionales no demostradas en el caso- la culpa de la víctima, ni constituye una causa o concausa adecuada en la producción del daño que permita excluir la atribución objetiva de responsabilidad al dueño o guardián.

En cuanto a las cámaras de apelaciones en lo Civil y Comercial del ámbito nacional, la jurisprudencia mayoritaria resuelve en base al sistema de responsabilidad objetiva (Salas B, C, D, E, F, G, I, J, K, L y M).

2.- Provincia de Córdoba

En el ámbito local, la última jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en materia de responsabilidad civil en el marco del transporte benévolo (*“Avaro c/ Rivas”*, Sentencia N° 103 del 03/09/2019) propició un cambio de criterio y un regreso a la aplicación de los factores objetivos de atribución.

De esta manera, el Alto Cuerpo Provincial abandonó la tesis subjetivista introducida en el año 2012 con el precedente *“Rodríguez, Nora Etel c/ Sucesores”* ya referido y retornó a la postura objetivista anteriormente sentada en el fallo *“Aguilera”* del año 2000⁴².

En resumidas cuentas, en el último fallo dictado, el Tribunal Superior determinó que la responsabilidad derivada del transporte benévolo debe ser juzgada según los parámetros de la responsabilidad objetiva, por aplicación del art. 1113, 2° párrafo, 2° supuesto, del Código Civil, actual sistema de los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial.

Fundamentó que el automóvil es una cosa riesgosa y que los daños que con él se causan comprometen la responsabilidad de su dueño o guardián con independencia de toda idea de culpa; que el transportado benévolamente no puede ser asimilado a una suerte de coguardián de la cosa, pues el guardián es y sigue siendo el

⁴² Ver nota al pie N° 19.

transportador benévolo quien no ha transferido la guarda; que la circunstancia de haber prestado un favor desinteresado a quien después resultó damnificado no modifica el carácter riesgoso de la cosa dañosa; que el mero hecho del aprovechamiento del transporte benévolo no implica una aceptación de riesgos que exima de responsabilidad al dueño o guardián.

Previo al fallo “Avaro” ya imperaba fuertemente entre las cámaras la postura favorable a la aplicación de la responsabilidad objetiva⁴³, aunque algunos tribunales, atento la fuerza de vinculación moral de los precedentes, acataban la doctrina subjetiva del TSJ en “Rodríguez c/ Sucesores” pese a no coincidir con ella y dejando a salvo su propia posición⁴⁴.

VI.- Conclusiones

En base a todo el análisis efectuado, se concluye:

- ~ En el sistema legal argentino no existe una normativa que contemple específicamente al transporte benévolo; tal vacío se ha suplido pretorianamente con las normas relativas al transporte terrestre, pero en la regulación del Código Civil y Comercial sobre el contrato de transporte, la figura no encuentra recepción.
- ~ El transporte de cortesía es susceptible de producir responsabilidad extracontractual frente a la violación del deber de no dañar a otro.
- ~ Tanto la doctrina como la jurisprudencia han asumido posiciones divergentes en orden al factor de atribución aplicable. Es decir, si el damnificado puede invocar los factores objetivos previstos en el art. 1757 del Código Civil y Comercial y ampararse en las presunciones de responsabilidad objetiva –concretamente, del guardián o del titular registral del automóvil involucrado, que resulta del art. 1758 del Código Civil y Comercial- o bien, si resultan aplicables los parámetros subjetivos de responsabilidad por culpa del conductor (art. 1724 del mismo cuerpo legal).
- ~ Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, una interpretación correcta de sus normas deriva en la aplicación del régimen objetivo en base al riesgo creado que resulta de los artículos 1757 y 1758 del CCC.
- ~ Los fundamentos que alegan quienes apoyan la tesis subjetivista, están dados por el hecho de que este sistema permite apreciar la culpa con menor rigor por tratarse de un acto de benevolencia; que la diligencia exigible al conductor es menor por la ausencia de onerosidad y profesionalidad; que debe limitarse el alcance de los daños indemnizables, especialmente aquellos de naturaleza extrapatrimonial en base al gesto de buena voluntad que tuvo el transportista.
- ~ También bajo la codificación anterior, se asignaba virtualidad eximente a la asunción de riesgos, por la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro.
- ~ Actualmente predomina la tesis que apoya la aplicación de factores objetivos de atribución, en base a la interpretación sistemática de las reglas de la

⁴³ Cám. 4° CyCCba., “Gómez Silvia Y Otros C/ Alesso Maria Delia”, Sent. N° 21 del 19/03/2019; Cam. 1° CyCCba., “Vildoza c/ Ferreyra Cravero”, Sent. N° 217 del 03/12/09; Cám. 6° CyCCba., “Salas c/ Rovelli”, Sent. N° 10 del 10/03/10 y “Sánchez c/ Moscardo”, Sent. N° 1 del 07/02/12; Cam. 7° CyCCba. “Iturri c/ Roteda y ot.”, Sent. N° 34 del 08/05/00; Cám. 8° CyCCba., “Conte C/ Gutiérrez”, Sent. del 23/11/2013, entre otras.

⁴⁴ Cám. 2° CyCCba., “Tula c/ Gutiérrez”, Sent. N° 46 del 07/05/2018.

responsabilidad extracontractual ya referida, que conduce al régimen de responsabilidad objetiva del dueño o guardián por riesgo o vicio de la cosa, y por el peligro que entraña la actividad de conducción.

- ~ El automóvil es una cosa riesgosa, por lo que los daños que con él se causan generan una presunción de responsabilidad en cabeza de su dueño o guardián (titular registral o conductor), en los términos de los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial, pues el transportado no domina la conducción ni el peligro inherente al desplazamiento del automotor.
- ~ El art. 1769 del CCC ratifica lo anterior, pues al regular los daños derivados de la circulación vehicular nos remite al sistema de responsabilidad objetiva sin distinguir entre transporte benévolo o de cualquier otro tipo.
- ~ Ya no es un argumento la teoría de la asunción de riesgos por parte del damnificado, ya que según el art. 1719 del Código Civil y Comercial, la exposición voluntaria de aquél a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.
- ~ El derecho que tiene el damnificado a ser resarcido no puede verse desplazado por la conducta generosa del transportista que intentó beneficiarlo con el traslado de cortesía, pues este acto solidario no autoriza a mutar el régimen legal aplicable a la responsabilidad objetiva del dueño o guardián de un vehículo.
- ~ Tanto la doctrina judicial emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como recientemente, del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, propician la aplicación de factores objetivos de atribución. La postura es acompañada desde hace mucho tiempo por numerosos tribunales.
- ~ En los casos de daños sufridos por personas que viajan en un medio de transporte de manera clandestina, resulta aplicable el régimen de responsabilidad objetiva, pero deben considerarse una serie de factores que permitirían flexibilizar su aplicación, como la ocultación deliberada del viajero y si su conducta ha contribuido causal o concausalmente a provocar el daño.

Todo lo apuntado permite reflexionar que con el cambio de legislación, los argumentos más fuertes que invocaban los adeptos a la tesis subjetivista, como la teoría de la asunción de riesgos por parte del damnificado, han quedado sin soporte legal y que actualmente se encuentran reducidos a una cuestión de principios, en función de razones de equidad y del altruismo como fundamento para juzgar de un modo menos severo y flexibilizar la responsabilidad que podría endilgarse a un transportista benévolo por la solidaridad originaria de su conducta.

No obstante, como se vio a lo largo del presente trabajo, dichos argumentos resultan insuficientes para desplazar la aplicación de factores objetivos de atribución, los cuales en la legislación hoy vigente cuentan con todo el sustento legal. Especialmente si se tiene en cuenta que el propio Código otorga la posibilidad de recurrir a la herramienta de atenuación de responsabilidad por razones de equidad según el art. 1742, a la hora de cuantificar el daño y de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. El vehículo es una cosa riesgosa que entraña una peligrosidad inherente que sólo podrá ser sorteada por su conductor que detenta el control del rodado. La aceptación del viajero a ser transportado solidariamente no tiene fuerza para transformarse en causa o concausa del daño, excepto que con alguna conducta concreta haya contribuido a la producción del accidente.

En definitiva, actualmente la disputa sobre la materia podría considerarse zanjada, pues atento todos los argumentos expuestos y en especial atención a lo reglado por los arts. 1719 y 1769 del Código Civil y Comercial, las dudas que hubieran podido subsistir en esta discusión han quedado esclarecidas. Es innegable en los casos de responsabilidad extracontractual en el marco del transporte benévolo corresponde aplicar factores objetivos de atribución de acuerdo a los arts. 1757 y 1758 del mencionado cuerpo legal.

VII.- Bibliografía

APARICIO, J. M.. *Contratos, Parte General*. Ed. Hammurabi, Bs.As., 2016.

BREBBIA, R. H. *Accidentes de automotores: doctrina, legislación y jurisprudencia*, Ed. Bibliográfica Ameba, Bs.As., 1961.

CHAMATROPULOS, D. A., La Responsabilidad en el transporte benévolo, *Revista Foro de Córdoba*, N° 156, Cba., 2012.

COSSARI, M., *La responsabilidad civil en el transporte benévolo*. La Ley Argentina, DJ25/04/2012, 14, Cita Online: AR/DOC/1019/2012.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Nuevamente sobre los daños causados por el llamado transporte benévolo en *Daños en el transporte*, *Revista de Derecho de Daños*, Nro. 7, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., Naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada del transporte benévolo de personas, en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje a Luis Moisset de Espanés*, Ed. Universidad, Bs.As., 1980.

LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, Bs. As., 1973, t. III.

PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C.G., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, t. III.

PIZARRO, R. D. *Tratado de la responsabilidad objetiva*, Ed. La Ley, Bs.As., t. II.

TRIGO REPRESAS, F. A. *Responsabilidad extracontractual por daños en un transporte benévolo*. La Ley Argentina, 2012, Cita Online: AR/DOC/2623/2012.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R., *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni, Cba., 2019, t. IV.

Una primera aproximación al Derecho de Daños desde el Análisis Económico del Derecho

Por Valentín G. Papp¹

Sumario: I.- Introducción. II.- ¿Y si imitamos a la NASA? III.- El análisis económico del derecho, un enfoque diferente. IV.-El Análisis económico del derecho de daños. V.- Reflexiones finales. VI.- Bibliografía.

Resumen: Este trabajo presenta una descripción básica del Análisis Económico del Derecho (AED) y su relación con las reglas de responsabilidad civil. El objetivo no es cuestionar el método de aprehensión tradicional (esto es, considerar el contenido, significado y alcance de las normas conforme a su texto, analogías, fuentes, 'espíritu', etc.), sino que se busca llamar la atención sobre lo que tienen para aportar la Economía y las Ciencias del Comportamiento a las decisiones de política legislativa y judiciales. La intención de esta presentación, apenas introductoria del tema, es convocar a los operadores jurídicos a considerar la forma en la que funcionan los incentivos a la conducta para tener leyes y sentencias más cercanas al fin pretendido.

Abstract: This paper presents a simple description of Law & Economics and its relationship with rules of civil liability. The objective is not to question the traditional method of apprehension (considering the content, meaning, and scope of norms according to their text, analogies, sources, 'spirit', etc.), but rather to draw attention to what Economics and Behavioral Sciences have to contribute to legislative and judicial decisions. The aim of this introductory presentation is to invite lawmakers, judges, professors and students to consider how incentives shape behavior in order to have laws and judgments that are closer to the desired outcome.

¹Abogado (UNC), Maestrando en Derecho y Economía (UTDT), adscripto a las cátedras de Privado VII (Daños) y Economía de la UNC, a cargo de los profesores José Fernando Márquez y Sergio G. Guestrin, respectivamente.

Palabras clave:

Análisis económico del derecho - interpretación normativa - incentivos a la conducta - economía - daños - responsabilidad civil.

Keywords:

Economic analysis of law- legal interpretation - behavioral incentives - economics - torts; tort law.

I.- Introducción.

Estas palabras se escriben en el marco de las actividades académicas con las cátedras a cargo del curso de grado de Derecho de Daños. Por esta razón, el artículo fue pensado para que sea una discreta invitación a reflexionar el derecho desde un lugar diferente al habitual, así como también para que pueda ponerse a consideración en las aulas.

Siempre es útil, tanto para el lector como para el autor, describir en qué consiste su trabajo. Mientras que el primero no pierde su tiempo ni crea falsas expectativas, al segundo le sirve de huella para no desviarse del camino que se ha propuesto transitar.

Así entonces, empecemos por lo que no es. Este artículo no busca ser un examen sobre un instituto del Derecho en particular ni se circunscribe a una única cuestión. Tampoco ofrece “la verdad” sobre el modo de interpretar o aplicar una norma ni una solución a problemas normativos. De hecho, solo refiere a normas genéricas de responsabilidad civil de cualquier país.

Ahora lo que este trabajo sí pretende ser: una breve y llana explicación del Derecho de Daños desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho. El objetivo es ayudar a poner (cada vez más) “en la conversación” una mirada diferente a la tradicional, que nos llame a pensar desde otro lado, y sea una introducción provechosa para el ejercicio de la docencia en el aula.

II.- ¿Y si imitamos a la NASA?

En la labor jurídica tradicional “*se estudia el contenido, significado y alcance de las normas conforme a su texto, correlaciones, concordancias, analogías, fuentes, ubicación en la estructura del sistema, espíritu, intención del legislador, principios generales del derecho, etc.*”². Este método de aprehensión y examen del derecho es tan necesario como irremplazable para indagar en su contenido, interpretaciones y puesta en práctica.

Sin embargo, a veces su aislamiento científico lo hace incompleto a la hora de comprender la realidad y entender el papel de las normas en la sociedad.

Podría decirse que el derecho ha crecido en soledad, sin demasiada interacción con las demás ciencias. Es interesante indagar por un momento en esta tendencia de la ciencia jurídica al individualismo. ¿No llama la atención, acaso, que mientras las demás ciencias ejercitan habitualmente la colaboración interdisciplinaria, en menor o mayor medida, el Derecho permanece solitario en su labor científica?

Pensemos en un instituto de investigación como la NASA, por ejemplo, donde pueden participar del mismo proyecto astrónomos, físicos, químicos, matemáticos e incluso filósofos. La primera reacción del lector probablemente sea preguntarse cuál es el sentido de comparar la NASA con el estudio del Código Civil; ¿qué podría aportarnos la misión espacial a Marte en la reflexión de la eximente de hecho del damnificado en la responsabilidad objetiva por riesgo?

Sin dudas, el ejercicio propuesto se ha exagerado lo suficiente para atraer la atención del lector y, en rigor de verdad, el aporte novedoso de contenidos entre un proyecto de investigación (poblar Marte) y otro (la responsabilidad civil) probablemente no sea relevante en esta oportunidad.

² GUESTRIN, Sergio G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho* (1ª edición), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 355.

El planteo nos ayuda a poner de resalto que, mientras en el primero la interacción entre diferentes ciencias es necesaria para analizar su objeto de estudio, en el derecho, por el contrario, nos jactamos de ser autónomos y autosuficientes.

¿Por qué los abogados creemos que podemos dedicarnos a nuestro objeto de estudio, creando normas e incidiendo directamente en la realidad, sin recurrir a las herramientas de otras ciencias?

Para ser indulgente por un momento con nuestra profesión, podría ofrecerse una explicación filosófica-histórica acerca de esta soledad científica.

La raíz de la tendencia de la ciencia jurídica hacia el individualismo se encuentra en el desarrollo del iuspositivismo. Posteriormente devino la reacción ofrecida por una nueva corriente que propuso, finalizada la Segunda Guerra Mundial, el retorno al derecho como valor con anclaje constitucional.

Así, durante el siglo XIX y en las primeras décadas del XX los iuspositivistas centraron su atención en la norma como objeto de estudio del derecho. Tras la irrupción de Kelsen, el interés de los académicos se desplazó definitivamente y el derecho deja de ser una ciencia social causal como la sociología o la economía, para considerarse pura y simplemente normativa.

Mientras las ciencias “causales” pueden caracterizarse de predictivas, el derecho perdió ese anclaje a la realidad y su conexión con las consecuencias que generaba, convirtiéndose en una ciencia que el propio Kelsen identificaría como autorizadora y prescriptiva³.

En contrapartida, los defensores de la reintroducción de la moral en la valoración jurídica (ahora a través de principios incorporados a las constituciones nacionales) no solo incurrieron en un cierto abandono de la idea de ciencia jurídica, sino que efectivamente se alejaron de las demás ciencias naturales y sociales. El fundamento fue que éstas habrían fallado en proporcionar una Teoría del Valor que sirviera para racionalizar las decisiones jurídicas.

A partir de tales “acontecimientos” en el desarrollo de la ciencia, algunos concluyen que la desconexión con las demás áreas del conocimiento resultó en la carencia de un instrumental analítico más robusto (v. gr., una teoría), como el que encontramos disponible en las demás ciencias sociales⁴.

III.- El Análisis Económico del Derecho, un enfoque diferente.

En respuesta a la autosuficiencia científica del derecho como disciplina de estudio, en los últimos sesenta años el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) se ha convertido en uno de los movimientos más influyentes en el campo jurídico.

Si bien su desarrollo más destacado se ha dado en los Estados Unidos, lugar en el que tuvo su origen, poco a poco esta nueva disciplina tiene cada vez más lugar en Latinoamérica y Europa.

En este sentido, existen maestrías o cursos de posgrado sobre Derecho y Economía en casi todos los países de habla hispana, así como también una asociación latinoamericana en la materia desde 1985⁵, a través de la cual se busca promover la cultura de la investigación científica en esta área.

³ v. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (6ª ed.), Ed. Martins Fontes, San Pablo, 1998.

⁴ Al respecto, v. TEIXEIRA GICO Jr., Ivo, *Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho*, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 20, nro. 2, 2019, pp. 37-48.

⁵ Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). Más información en <http://www.alacde.org/>.

El AED surge con fuerza a partir de sendas publicaciones realizadas por Ronald Coase y Guido Calabresi que revolucionaron el modo de pensar el Derecho: “El problema del costo social” (*Journal of Law and Economics*, volume 3, 1960) y “Algunas reflexiones sobre la distribución de riesgos y el derecho de daños” (*Yale Law Journal*, volume 70, 1961).

Si bien ambos autores desarrollaron sus ideas hace más de medio siglo, de modo frecuente se califica a este enfoque del derecho como “novedoso”.

La razón se encuentra, principalmente, en que antes del AED el modo de pensar el derecho no había variado sustancialmente desde la aparición del derecho constitucional, hace más de doscientos años. En la cotidianeidad jurídica pueden hallarse semejanzas, incluso, a la forma de crear e interpretar las leyes de la Antigua Roma.

Sin contar con la reciente y paulatina irrupción del AED en las universidades, desde hace cientos de años que el estudio del derecho se construye a partir de los propios elementos del sistema jurídico.

En un comienzo, se busca adquirir conocimiento sobre qué dicen las leyes y cómo se relacionan unas con otras. Luego, se indaga acerca de las diferentes interpretaciones que pueden dárseles de acuerdo con determinadas reglas, las que atribuyen mayor o menor importancia a unas u otras fuentes y principios del derecho (los cuales, dicho sea de paso, surgen de las mismas normas bajo estudio). Finalmente, los significados de cada uno de los preceptos del sistema son relacionados lógicamente entre sí de modo que no existan contradicciones insuperables en su aplicación.

Sin renunciar a esta técnica de estudio, el AED surge como proveedor de una metodología que puede contribuir significativamente a la comprensión de fenómenos sociales y, además, como auxilio en la toma racional de decisiones jurídicas⁶.

A lo largo del tiempo, el AED se ha consolidado como una alternativa para el estudio de las normas jurídicas a partir de un nuevo enfoque, dirigido a analizar su influencia en el comportamiento humano.

Con estas ideas como norte, tanto en el diseño como en la interpretación de las normas que conforman el sistema jurídico resulta indispensable averiguar cuáles son los efectos que tienen en la realidad. Es común que las leyes contengan en su redacción una indicación de los fines perseguidos mediante su sanción. Otras veces, los legisladores expresan sus intenciones sobre cómo pretenden que las nuevas normas influyan en la sociedad.

Sin embargo, ocurre en algunas oportunidades que los objetivos “formales” de las nuevas medidas (sean aquellos que están explícitos en su texto, sean los informados en su fundamentación) no coinciden con lo que provocan en la realidad.

De manera más o menos frecuente, y según cuál sea la visión política y económica del gobierno, se repiten —en distintas administraciones de diferentes países— decisiones que ocasionan un efecto contrario al deseado. Entre ellas se cuentan, por nombrar algunas de las más usuales, las tendientes a limitar precios de productos de consumo masivo o regular por demás el mercado de alquileres de vivienda.

Los casos anteriores son un ejemplo de que, en algunas ocasiones, el resultado que causan las normas en la realidad difiere —e incluso puede que se oponga— a los objetivos deseados por el legislador.

⁶ v. TEIXEIRA GICO Jr. (n. 4), p. 48.

Un motivo habitual que explica la existencia de estos casos es el desconocimiento del funcionamiento de algunos aspectos fundamentales de la economía, como las leyes de oferta y demanda y la teoría general de precios.

Generalmente, cuando existe un conflicto entre las leyes del mercado y la legislación, surgen distorsiones graves entre los fines perseguidos por el gobierno y lo que esas normas generan en la realidad.

Conforme a lo expresado anteriormente, se puede observar que tanto el proceso legislativo de formación y sanción de leyes como el estudio que las tiene por objeto, sea respecto de su contenido o de su interpretación y aplicación, tienen un importante déficit: el análisis científico de los efectos que generan las normas en la realidad. Un profesor que ha dedicado muchos años al desarrollo del AED en Argentina lo resume del siguiente modo: *“no alcanza con saber lo que las normas dicen, es necesario conocer también lo que hacen”*⁷.

A partir de la observación de situaciones como las descriptas, y producto también de la educación económica que recibían muchos abogados en las universidades estadounidenses antes de estudiar leyes, comenzó a pensarse el derecho a través del método de estudio que proporcionaba la economía de aquel momento (siglo XX): la teoría de la elección racional.

Una forma simple de presentar al Análisis Económico del Derecho es decir que es una disciplina, un enfoque de estudio, que emplea métodos usuales de la economía para analizar las normas jurídicas y predecir las consecuencias que tienen —o tendrían, si la regla fuera hipotética— en la realidad.

Sin perjuicio de lo dicho, la evolución del AED no se ha detenido y, si bien en un principio las herramientas que empleaba se limitaban a las utilizadas por la economía, en la actualidad eso ha variado.

Existen nuevas estrategias de abordaje, como las impulsadas por la psicología, la Big Data o las “neurociencias”, que se incorporan tanto al AED como a las ciencias económicas de manera simultánea⁸.

En este sentido, se ha destacado por sus aportes no convencionales desde la psicología a las ciencias económicas (en lo concerniente a la toma de decisiones) Daniel Kahneman⁹, uno de los grandes exponentes de la Economía del Comportamiento.

Primero desde el enfoque más tradicional del Análisis Económico del Derecho y, luego, incorporando las contribuciones del *Behavioral Economics* (Kahneman, Akerlof, Shiller, Thaler, Sunstein, entre otros), se han realizado aplicaciones del AED a un número extenso y por demás diverso de instituciones y ramas de derecho. Por ejemplo, se ha esbozado un análisis económico de los derechos de propiedad, del derecho de daños, de los contratos, del derecho procesal, del derecho penal y de la pena, etc.¹⁰.

⁷ GUESTRIN (n. 2), p. 356.

⁸ ACCIARRI, Hugo A. (Director), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento* (1ª edición), Ediciones SAIJ, Buenos Aires, 2017, p. 4.

⁹ Daniel Kahneman es el primer no economista en ganar el Premio de Ciencias Económicas del Banco de Suecia (conocido popularmente como “Nobel de Economía”).

¹⁰ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law & Economics* (6ª edición), Editorial Addison-Wesley - Pearson Series in Economics, 2011.

IV.- El Análisis económico del derecho de daños.

El modelo más básico aportado por la economía y enarbolado por el AED clásico para evaluar las normas se basa en la racionalidad. Éste puede definirse a partir de la premisa de que los individuos siempre se comportan intentando maximizar su bienestar. A decir de Acciarri, *“procuran apartarse de aquello que creen que les producirá displacer (costos) y perseguir aquello que les dará placer (beneficio)”*¹¹.

De modo simplificado, podría pensarse en la definición clásica de norma jurídica: es una obligación de comportamiento respaldada por una sanción estatal en caso de incumplimiento. De esta forma, se propone una analogía donde las sanciones son entendidas como precios y se asume que las personas responden a las sanciones como lo harían respecto de los precios. Así como las personas consumen menos de un bien si aumenta su precio (según una aplicación general de las Teorías de Precios y de Juegos que admite excepciones), también realizarán menos de la actividad sancionada si aumenta la severidad de la sanción.

Supongamos el caso de un fabricante de un bien de consumo que ocasionalmente causa daños a los consumidores. ¿Cuán seguro intentará que sea su producto? A decir de Cooter y Ulen¹², esto dependerá del costo de fabricación y diseño, así como también de la responsabilidad civil que tenga el fabricante frente a los consumidores por los desperfectos. Aunque parezca un razonamiento más que obvio (pensar que el proveedor hará el producto más seguro porque la norma le ordena ese comportamiento), puede verse que, en realidad, lo que probablemente hará que el fabricante mejore la seguridad del producto es el mayor costo en caso de incumplimiento.

En el caso *“United States v. Carroll Towing Co.”*¹³ se incluye por primera vez un razonamiento económico en una sentencia judicial. El juez Learned Hand esbozó una “fórmula” en la cual se incluían tres variables: la probabilidad de que ocurra un daño, a la que llamó P; la cuantía de ese daño, L; y el costo de adoptar medidas de prevención de ese daño, B. Dijo que hay una acción negligente (es decir, culpa) cuando B es inferior a P multiplicado por L. Es decir, hay culpa en aquellas situaciones en las cuales el costo de prevenir (B) es menor al valor esperado del daño (PxL).

En palabras de Acciarri, cuando la educación jurídica tradicional intenta dilucidar qué es la culpa, *“transcurre por largas explicaciones sobre estándares (“omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...”)* y *comparaciones contra ciertos modelos de conducta (“bonus pater familiae”, “buen comerciante”, etc.) que suelen parecer inseguros al momento de juzgar situaciones concretas alejadas de los extremos”*¹⁴. Destaca que la solución propuesta por Hand es un modo muy diferente de valorar las conductas implicadas, aunque lejos está de constituir una teoría.

Si bien podría criticarse la simplificación del planteo de Hand —sobre todo teniendo en cuenta que los valores de términos de su fórmula pueden no ser exactos y variar

¹¹ ACCIARRI (n. 8), p. 5.

¹² COOTER y ULEN (n. 10), p. 3.

¹³ United States v. Carroll Towing Co. (159 F.2d 169 [2d Cir.1947]), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/159/169/1565896/>

¹⁴ ACCIARRI (n. 8), p. 40.

según quién examine el caso—, no deja de ser un punto de vista que aporta contenido empírico a la definición de un concepto tan trascendente en el derecho.

Luego de Hand, Ronald Coase argumentó en su artículo titulado “El problema del costo social”¹⁵ que entre dos actividades perjudiciales opuestas (considerando como actividades tanto a la conducta dañina de A como a la sanción aplicada a A por dañar a B), debe permitirse el “perjuicio” que genere menor costo social (pudiendo ser, entonces, tanto la aplicación de la sanción como la conducta del dañador).

En su planteo, no solo es un perjuicio el menoscabo que ocasiona el dañador, sino que también lo es la sanción que se le impondría. En ese marco, debe analizarse cuál de los dos “perjuicios” es menos costoso socialmente.

Lo relevante de la contribución de Coase a la disciplina del AED fue obligar a pensar cuál de las dos conductas es más eficiente para la sociedad y distribuir la responsabilidad en consecuencia.

En otro artículo fundante del AED¹⁶, Calabresi utiliza la teoría económica para investigar el alcance de diferentes maneras de distribuir el riesgo a partir de distintos criterios de imputación.

El autor intenta dar argumentos a un sistema que colabore en la solución del problema de costos, pérdidas y riesgo de los accidentes automovilísticos, y sugiere tres formas de reducción de costos: primaria, secundaria y terciaria.

La reducción primaria consiste en la disminución del número y/o severidad de los accidentes, y puede lograrse prohibiendo determinados actos o actividades o haciéndolas más onerosas y menos atractivas.

La reducción secundaria se refiere, por ejemplo, a los costos que se derivan de la imposibilidad de recuperación óptima de una víctima en caso de que no reciba la indemnización a tiempo, para lo cual propone dos soluciones: *loss spreading* (distribución del costo) y *deep pocket* (cargar el costo a quien pueda pagarlo)¹⁷.

Por último, la reducción terciaria busca disminuir los costos de funcionamiento de los sistemas administrativos y judiciales de la materia¹⁸.

Puede pensarse que el modo en el que se asignen los derechos y la forma en que se diseñen las vías administrativas o judiciales para reclamarlos influirá en el aumento o reducción de las tres clases de costos descriptas por Calabresi.

La idea que prevalece en estos y otros autores de la disciplina, tal como explica Acciarri, es que los daños que se producen en una sociedad no abarcan solo un problema distributivo privado, donde el dañador debe pagar una compensación a la víctima, sino que afectan la riqueza total de la sociedad.

Volvamos al ejemplo del fabricante de productos inseguros para el consumidor. A partir del AED se explica que la conducta del proveedor será diferente según deba o no responder por el daño que aquellos generen. El fabricante invertirá en prevenir el daño no por razones altruistas, bondad u obediencia a la letra de la norma, sino por su propio interés, evaluando su mayor conveniencia.

¹⁵ COASE, Ronald H., *The problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, volume 3, 1960.

¹⁶ CALABRESI, Guido, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, Yale Law Journal, volume 70, 1961.

¹⁷ Un ejemplo de esta solución de *deep pocket* puede verse reflejado en la Obligación Legal Autónoma (art. 68, Ley 24.449), por la cual la compañía de seguros tiene la obligación de pagar un monto de gastos sanatoriales y de sepelio en un caso de accidente de tránsito, sin necesidad de que se pruebe la responsabilidad del asegurado y en el término de cinco días de efectuado el reclamo con la documentación respaldatoria.

¹⁸ ACCIARRI (n. 8), pp. 46 y 47.

Este modelo de funcionamiento del derecho da cuenta de cómo las normas jurídicas funcionan como incentivos que inciden en la conducta de los individuos.

Se advierte, en ese sentido, una estructura que subyace a los enunciados normativos, compuesta por estímulos que influirán en el comportamiento de las personas, sea en su absoluta individualidad (pensemos en relaciones de poder con la cosa, disposición sobre su cuerpo o sus bienes, etc.), sea en su relación con los demás (v. gr., en el ámbito del Derecho de los Contratos o de Daños). Repárese en este punto que esos incentivos afectarán sí o sí el modo de actuar de los sujetos, de manera inevitable.

Dicho esto, nos quedan entonces dos opciones: ignorar la existencia e importancia de los incentivos que habitan detrás de las normas y exponernos a vivir entre leyes y decisiones judiciales bienintencionadas pero ineficientes, o bien darles la importancia que merecen en el campo del derecho, estudiar su funcionamiento y utilizarlos para un mejor entendimiento y diseño del sistema jurídico.

La propuesta es simple pero diferente al examen habitual que hacen los juristas y los jueces, direccionado a qué dice o debería decir una norma y en qué sentido debemos interpretarla, usualmente incorporando en el razonamiento principios del Derecho, leyes de mayor jerarquía e interpretaciones de distinta índole (originalismo, analogías, etc.).

Esa forma de análisis es necesaria pero insuficiente, pues no contempla los incentivos que afectan en la realidad el comportamiento de los sujetos a cuya regulación pretenden alcanzar.

De allí que debemos prestar atención y darnos cuenta de la relevancia que tiene ser capaces de predecir la conducta de las personas, en tanto agentes económicos (y, por lo tanto, jurídicos) del sistema, y colocar los incentivos normativos de tal forma que, actuando en su propio interés, las personas cumplan los fines pretendidos por el legislador. En este sentido, los sistemas de responsabilidad *“imponen (o no) consecuencias indeseables, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de percibirla (la víctima)”*¹⁹.

Como dijimos, un sistema de responsabilidad civil eficiente será el que genere incentivos de modo que los sujetos, por su propio interés, tiendan a un mayor bienestar social.

Como el lector bien podrá advertir, a lo largo de este trabajo se hace referencia a conceptos tales como “eficiencia” y “bienestar o beneficio social”. Si bien existen obras completas dedicadas exclusivamente a estas dos nociones, resulta oportuno dedicar algunas palabras sobre el sentido que se les da en este artículo.

Respecto de la eficiencia, brevemente y solo a los efectos de este texto, podemos decir que una asignación eficiente de recursos en una sociedad tiene lugar siempre que no pueda mejorarse a un sujeto sin perjudicar a otro. Este sentido de eficiencia fue desarrollado por el economista y sociólogo Vilfredo Pareto, de quien toma el nombre de “eficiencia paretiana”.

Esta definición de eficiencia resulta, en muchos casos, muy rígida: es suficiente que una situación modifique de modo negativo, aunque sea muy levemente, a una persona (aun cuando genere grandes beneficios a otras) para considerarse “ineficiente”.

En el intento por aportar mayor laxitud al término, se habla de un criterio “Pareto-potencial” para describir aquellas situaciones en las que hay individuos inicialmente

¹⁹ ACCIARRI (n. 8), p. 51.

perjudicados por una acción o situación, pero que podrían ser —potencialmente— compensados por los beneficios de los sujetos favorecidos y seguir habiendo “ganadores” respecto de la situación inicial²⁰.

Ahora bien, aplicar un concepto de “eficiencia” a las normas, los casos judiciales o las instituciones jurídicas no significa que ese deba ser el fin perseguido por el derecho.

Algunos autores analizan como un error del Análisis Económico del Derecho pretender que los sistemas jurídicos tengan su fundamento en la eficiencia: Papayannis, por caso, refiere que podría ocurrir que un sistema de responsabilidad civil no sea la forma menos costosa (y, por lo tanto, eficiente) de motivar “correctamente” a las partes²¹.

El autor realiza una crítica al Análisis Económico del Derecho en tanto éste persiga imponer una regla de conducta, aunque reconoce su aptitud explicativa de la responsabilidad civil:

Deben distinguirse dos aspectos de las reglas de responsabilidad: la culpa y la responsabilidad objetiva como reglas de asignación de pérdidas y como reglas de conducta. Como asignación de pérdidas, el AED está en lo cierto; una regla es el reflejo de la otra, y ambas imponen una forma de responsabilidad objetiva. El proyecto reduccionista explica con éxito esta dimensión de la responsabilidad civil, y ello nos ayuda a precisar cómo los efectos distributivos de las reglas generan incentivos a las partes y qué tipo de problemas pueden entorpecer su funcionamiento adecuado. Pero, como reglas de conducta, difícilmente el AED pueda ofrecer una caracterización aceptable de la culpa y la responsabilidad objetiva²².

Este modo de ver el AED podría ser correcto respecto de las posiciones más extremas, en las que se pretende una justificación cuasi deontológica del derecho a partir del concepto de eficiencia.

Sin embargo, las corrientes más modernas de Análisis Económico del Derecho no requieren que la eficiencia sea el objetivo prioritario ni secundario para igualmente sostener la utilidad de su enfoque²³.

Cualquiera sea el fin por perseguir (por ejemplo, la distribución de los recursos, la “justicia” o la “corrección”, sea lo que fuera que dichos términos, tan ambiguos, signifiquen), el AED permite obtener un diagnóstico acerca de si las normas o decisiones que van detrás de aquellos objetivos están en la dirección adecuada o requieren de modificaciones.

Dicho esto, resulta más sencillo de explicar la idea de “beneficio social” que se incluye en este artículo. Si bien el término surge de la Economía, para nuestro análisis de normas, decisiones o instituciones, puede adquirir el contenido que nosotros queramos otorgarle, que va a ser siempre en línea con el objetivo que nos hemos propuesto para el sistema. Por ejemplo, si el fin último del sistema es la

²⁰ Acciarri describe de este modo la eficiencia en el sentido de Kador y Hicks; v. ACCIARRI (n. 8)., p. 7.

²¹ PAPAYANNIS, Diego M., *El valor intrínseco de la responsabilidad civil*, Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia de España, 2018, Tomo XXXIV, N° 34, pp. 122-123. La crítica del autor es más profunda y fue simplificada a los efectos de reflejar que existen alternativas a la posición de que el AED encuentra el fundamento de las normas en la eficiencia.

²² PAPAYANNIS, Diego M., *La responsabilidad civil como asignación de pérdidas*, en *InDret Privado* 1.2014, Barcelona, 2014, p. 36.

²³ ACCIARRI (n. 8)., p. 8.

“justicia”, pues será esa la unidad de medida del bienestar social, y éste tendrá lugar cuando determinada acción o situación genere más justicia que injusticia.

Específicamente aplicado a la responsabilidad civil, el modelo clásico del Análisis Económico del Derecho pretende minimizar el costo social construyendo a partir de las circunstancias más básicas: los costos de dañar y de evitar el daño.

En primer lugar, buscamos determinar un nivel eficiente o deseable de prevención: aunque sea una afirmación contraintuitiva, no queremos evitar *todo* el daño.

En efecto, si no quisiéramos que ocurran accidentes de tránsito graves, podríamos prohibir los vehículos a motor: sin un solo automóvil o motocicleta en la calle no habría accidentes, salvaríamos vidas y evitaríamos daños materiales importantes.

Sin embargo, una medida como esta genera un costo social superior al que pretendemos evitar: la locomoción a motor redundaría en beneficios para toda la sociedad, eso no es novedad.

En este punto debemos ser honestos: tanto es el beneficio de utilizar vehículos que preferimos regular su uso antes que evitarlo, aunque ello se encuentre en el top 5 de causas de muerte en Argentina²⁴.

La realidad que reflejan esos hechos no siempre se observa en las sentencias o artículos de doctrina, justamente porque no toman en cuenta el sistema de incentivos detrás de las normas.

Cuando algunos jueces o autores afirman de manera vehemente que los daños son “intolerables” y que es “inadmisible” realizar un análisis económico de la cuestión porque estamos hablando de la vida de una persona, de su salud, etc., solo les preguntaría cómo llegaron de su casa a su despacho y si conocen la estadística que mencionamos antes.

Las declamaciones de esa clase no aportan en nada al mejoramiento del sistema, sobre todo si esos jueces y autores ignoran deliberadamente considerar lo que tiene para aportar el AED al estudio del derecho, a la resolución de un caso o al diseño de mejores leyes.

De lo que se trata en materia de responsabilidad civil es de determinar un nivel eficiente de prevención, que puede estimarse matemáticamente para generar información relevante en la toma de decisiones relacionadas con la prevención del daño o la compensación de los perjuicios.

Así, resulta lo siguiente:

1. A mayor inversión (\$\$\$) en prevención, menor probabilidad de accidentes;
2. A menor probabilidad de accidentes, menor (\$) daño.

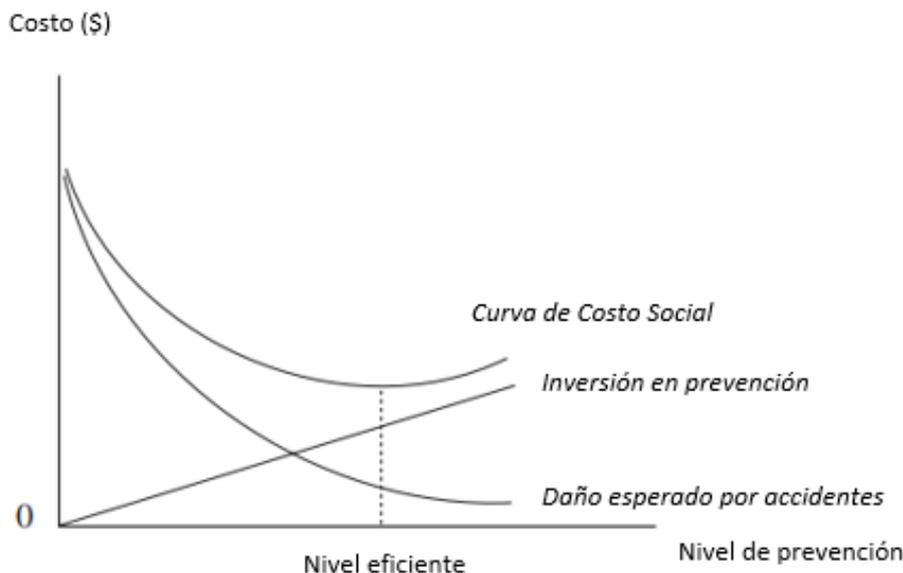
De este modo puede observarse que, en lugar de evitar *todos* los accidentes de tránsito, se persigue introducir un nivel de prevención razonable (v. gr., eficiente), que permita la actividad riesgosa pero también tienda a evitar los accidentes graves lo más posible.

Se asume que cada peso extra invertido (sea dinero, sea tiempo, sea conveniencia) reduce el daño esperado (probabilidad de un accidente multiplicado por el daño que genera) un poco más.

Si al daño esperado (que es, en definitiva, un costo cuantificable) le sumamos la inversión en prevención, obtenemos el costo social esperado. El nivel de prevención deseado será aquel en el cual el costo social sea menor.

²⁴ En nuestro país mueren aproximadamente diecinueve personas por día en siniestros viales; v. <https://www.luchemos.org.ar/es/accidentes-argentina>.

En el siguiente gráfico vemos una representación de la relación entre el costo de prevenir un daño (eje y) y el nivel de prevención (eje x). La curva de Costo Social resulta de la sumatoria de las curvas de inversión en prevención y de daño esperado.



Es decir, se invertirá en prevención hasta un nivel eficiente, considerado éste como aquél en el cual un peso más invertido (representado por la curva de “inversión en prevención”) ya no reduce el costo social total, sino que lo acrecienta.

Dicho de otro modo, se requerirá mayor prevención hasta el monto en el que una unidad más de inversión ya no reduzca el daño esperado (donde “daño esperado” es igual a la probabilidad de un accidente multiplicado por el disvalor que genera).

Esta es una explicación gráfica de las razones por las cuales no prohibimos la circulación a motor, los parques de diversiones, la aviación, la minería o cualquier otra actividad del hombre que generen beneficios sociales, pero también daños.

Lo que hacemos con ellas, o lo que deberíamos hacer, es legislar a favor de la prevención eficiente de esos daños, aprovechando el sistema de incentivos sobre el comportamiento de los individuos y organizaciones. Este enfoque resulta valioso en la consideración de un legislador al sancionar una norma, de un jurista al estudiarla o de un juez al aplicar el derecho (v. gr., medidas de prevención del daño).

Una explicación simplificada que refleja cómo la elección de un sistema de responsabilidad afecta el comportamiento de los agentes puede comprenderse a través del siguiente ejemplo propuesto por Acciarri²⁵.

Supongamos una situación de daño de causación unilateral en la que tanto dañador como damnificado tienen información completa sobre la probabilidad y entidad del daño según cuánto se invierta en prevención.

El autor invita a imaginar un escenario en el que, si el potencial dañador no adopta medidas de prevención, la víctima sufrirá un daño esperado valuado en 9; si toma ciertas medidas tendientes a evitar el daño, generará un daño esperado de 2; si toma medidas adicionales de prevención, el daño esperado será de tan solo 1. Podemos denominar “costo de la prevención” a la inversión del dañador en medidas para evitar el daño; “costo de las pérdidas”, al daño esperado sufrido por el damnificado; y “costo social”, a la sumatoria de los dos anteriores, lo que refleja cuánto le cuesta a la sociedad la acción del dañador (inversión en prevención más daño esperado).

²⁵ ACCIARRI (n. 8), pp. 53-56.

Costo de la prevención	Costo de las pérdidas	Costo Social
0	9	9
5	2	7
10	1	11

Considerando que el objetivo del sistema fuera minimizar el costo social, el nivel de prevención óptimo es 5. Nótese que más prevención (v. gr., invertir 10) reduce el daño esperado apenas 1, pero a la vez incrementa el costo total de la acción (en lugar de costarle al conjunto de la sociedad 7, con esa mayor inversión en prevención resultará en un costo social de 11).

En ese marco, plantea tres escenarios posibles para considerar cuál satisface mejor el objetivo de la inversión óptima en prevención: a) ausencia de responsabilidad; b) responsabilidad objetiva (en sentido amplio); c) responsabilidad subjetiva (culpa).

1°. En el primer supuesto la conclusión es simple: sin una regla de responsabilidad, el dañador no invertirá en prevención, generando un costo social de 9. De este modo, un sistema de ausencia de responsabilidad no es eficiente para inducir al agente potencial de riesgos a introducir un nivel de cuidado eficiente, desde que no debe hacerse cargo del resultado dañoso²⁶. Sobre ello no huelga señalar que, en numerosas ocasiones, el Derecho prefiere la ausencia de responsabilidad por resultar la solución más eficiente (pensemos, por ejemplo, en las molestias tolerables que soportamos a diario por vivir en sociedad).

2°. El segundo es el caso del dañador que, aun siendo diligente, igual deberá responder por *todo* el daño (es decir, el costo social de la actividad; responsabilidad objetiva).

Si observamos la tabla podemos advertir que, aplicando una regla objetiva, el dañador preferirá afrontar un costo de 7, que es el menor de todos los escenarios, lo que implica invertir 5 en prevención, el nivel que definimos como óptimo para la sociedad.

En este sentido, Stordeur apunta que, bajo esta regla de responsabilidad, el dañador potencial tiene incentivos para minimizar los costos sociales de su actividad y prevenir hasta igualar la reducción del daño esperado —incluso investigando formas de prevenir a menor costo—, en tanto él se hace cargo también de este último, y destaca que la regla *“es eficiente para casos donde el victimario potencial tiene control sobre la probabilidad de ocurrencia del accidente, o bien, para aquellos casos donde la actividad genera muchos riesgos y los costos de evitarlos son tan altos que bajo una regla de negligencia, el dañador trasladaría estos costos a terceros”*²⁷.

En ese orden, para que un sistema basado en un factor objetivo de atribución sea efectivo, es necesario que la indemnización que se otorgue sea equivalente al daño causado: los jueces deben poder compensar completamente a la víctima, pues de lo contrario (si la reparación fuera insuficiente), aquellos que podrían causar daño tienen incentivos para actuar con menos precaución de la necesaria.

En otras palabras, si las consecuencias económicas para los responsables son menores que el daño real ocasionado, esto podría llevar a una disminución en los niveles de cuidado y precaución que deben tener.

²⁶ STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 226.

²⁷ STORDEUR (n. 26), p. 228.

Una clara aplicación de responsabilidad objetiva explicada desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho es el de la responsabilidad por el hecho del dependiente, que en lo más elemental podemos decir que descansa en dos fundamentos: (a) mejor posición del empleador para tomar medidas de prevención del daño y, probablemente, (b) mayor solvencia que sus empleados.

Sobre el punto, Cooter y Ulen destacan que *“la regla crea un incentivo para el empleador para ser cuidadoso en la selección de los empleados, en asignarles tareas y en decidir cómo equiparlos para la labor, en entrenarlos y controlarlos...”*²⁸. Otras consecuencias asociadas a la elección de una regla de responsabilidad objetiva, examinadas desde el AED, es que representa un menor costo para litigar, pues debe acreditarse solo el daño y la relación causal, obviando la prueba de la culpa; el actor del juicio gastará menos en pruebas y el juez requerirá menos información para resolver el caso²⁹.

Asimismo, se señala con acierto que, en aquellos casos en los cuales el damnificado puede incidir en la ocurrencia del daño, la regla objetiva en sentido estricto es ineficiente, desde que otorga un seguro pleno a la víctima. Estas situaciones justifican, por caso, la existencia de eximentes de responsabilidad del victimario cuando medió culpa del damnificado, de modo de introducir incentivos para que éste último tome también medidas de prevención del daño³⁰.

3°. En la tercera situación (responsabilidad subjetiva), se hace responsable al dañador únicamente si actuó con culpa, adoptando un nivel de cuidado menor al exigido por la norma. Asumiendo que el objetivo del sistema es el menor costo social posible, el individuo actuará sin culpa si invierte en prevención lo necesario para lograrlo: así, elegirá invertir nuevamente 5, el nivel óptimo de prevención.

La bondad de aplicar la regla de la culpa es que incentiva a ambas partes a tomar medidas adecuadas de prevención. Sin embargo, en ocasiones la dificultad de su implementación se relaciona con la dificultad para determinar cuál es ese nivel óptimo de cuidado³¹ y que los agentes lo conozcan *ex ante* del hecho dañoso.

Este problema en fijar la diligencia requerida se refleja en la creación de fórmulas que describen conductas de modo genérico, permitiéndole al juez “rellenarlas” con las reglas más adecuadas para el caso concreto, tales como “buen padre de familia”, “buen hombre de negocios”, “hombre medio”, etc.

Más allá de las numerosas variantes que podrían analizarse a partir del método del AED en el Derecho de Daño, a modo de síntesis, Acciarri aporta una acabada descripción de cómo pretende funcionar el AED en materia de responsabilidad civil: Las reglas de responsabilidad operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas. Lo expuesto supone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad recibirá consecuencias más

²⁸ Interpretación libre del texto original: *“The rule creates an incentive for the employer to take care in selecting employees, in assigning them various tasks, in deciding with which tools to equip them, in training them, in monitoring them, and more. This is efficient if it is the case—as it generally would seem to be—that employers are better placed than are employees to make precautionary decisions; COOTER y ULEN (n. 10), p. 244.*

²⁹ STORDEUR (n. 26), p. 230.

³⁰ En este sentido, v. STORDEUR (n. 26), p. 232, y el modelo de teoría de juegos adaptado de: BAIRD, Douglas G. - GERTNER, Robert - PICKER, Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1994.

³¹ STORDEUR (n. 26), p. 238.

disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Los sistemas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de percibirla pese de haber sufrido un daño (la víctima). Un sistema de responsabilidad que tienda a la eficiencia, en consecuencia, debería alinear los incentivos para que el accionar de los individuos, guiado exclusivamente por su interés privado conduzca, a su vez, a la mejor situación social posible³².

Así pues, a través de las herramientas del AED determinamos los daños tolerables y cuánto estamos dispuestos a prevenir, para luego tomar decisiones —sean judiciales, sean de política legislativa— a partir de los incentivos que a través de las sentencias o las leyes les demos a los individuos con el objetivo de que, por su propio interés, se comporten de manera coincidente con los fines perseguidos por el sistema (v. gr., la redistribución, la justicia, etc.).

V.- Reflexiones finales.

Las decisiones judiciales y de política legislativa, así como el estudio académico del derecho, prescinden habitualmente de considerar la existencia e importancia de los incentivos que tienen las personas para dirigir su comportamiento.

Por ese motivo, encontramos de manera frecuente leyes o sentencias que, persiguiendo bienintencionadamente un fin determinado, crean las condiciones para causar un efecto distinto o, incluso, contrario al buscado.

En ese estado de cosas, el Análisis Económico del Derecho ofrece un método que contribuye a tomar mejores decisiones. En su versión clásica y en aquellas que incluyen a la psicología de la conducta, la Big Data y las neurociencias, el AED permite encontrar los estímulos adecuados para influir en la conducta jurídica de los individuos, ayudándonos a lograr los objetivos perseguidos por la ley o la sentencia y a diseñar un sistema jurídico más eficiente respecto de esos fines. Por tales razones, la enseñanza y aplicación del Análisis Económico del Derecho resulta imprescindible para optimizar las decisiones en el ámbito de los sistemas legislativo y judicial actuales.

VI.- Bibliografía.

ACCIARRI, Hugo A. (Director), *Derecho, economía y ciencias del comportamiento* (1ª ed.), Ediciones SAIJ, Buenos Aires, 2017.

BAIRD, Douglas G. - GERTNER, Robert - PICKER, Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1994.

CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, Nro. 4-Vol. 70 (Mar., 1961), The Yale Law Journal Company Inc., New Haven, 1961, pp. 499-553.

COASE, Ronald H., "The problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, Vol. 3 (Oct., 1960), The University of Chicago Press, Chicago, 1960, pp. 1-44.

³² ACCIARRI (n. 8), pp. 50-51.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law & Economics* (6ª ed.), Addison-Wesley - Pearson Series in Economics - Berkeley Law Books, Berkeley, 2016.

GUESTRIN, Sergio G., *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho* (1ª ed.), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (6ª ed.), Editorial Martins Fontes, San Pablo, 1998.

PAPAYANNIS, Diego M., "El valor intrínseco de la responsabilidad civil", *Anuario de Filosofía del Derecho del Ministerio de Justicia de España*, Nro. 34, en línea, 2018, pp. 119-148.

PAPAYANNIS, D. M., "La responsabilidad civil como asignación de pérdidas", *InDret Privado*, Nro. 1.2014, en línea, 2014, pp. 1-46.

STORDEUR, Eduardo (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

TEIXEIRA GICO Jr., Ivo, "Metodología y epistemología del Análisis Económico del Derecho", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Nro. 2-Vol.20, Buenos Aires, 2019, pp. 37-73.

La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos menores

Por María Florencia Blanco Pighi¹

Sumario: I.- Introducción. II.- El Código Civil de Vélez Sarsfield. II.1.- La normativa. II.2.- Legitimación pasiva II.3.- Eximentes II.4.- Factor de atribución. II.5.- Terminología. II.6.- Antecedentes. III.- Las reformas al Código Civil. IV.- El Código Civil y Comercial de la Nación. IV.1.- La normativa. IV.2.- Legitimación pasiva. IV.3.- Factor de atribución. IV.4.- Requisitos. IV.5.- Eximentes. IV.6.- Terminología V.- Críticas al derecho vigente. VI.- El anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. VII.- El derecho comparado. VII.1.- Códigos Europeos. VII.1.A.- Código Francés. VII.1.B.- Código Italiano. VII.1.C.- Código Alemán. VII.1.D.- Código Español. VII.2.- Códigos Latinoamericanos. VII.2.A.- Código Chileno. VII.2.B.- Código Brasileño. VII.2.C.- Código Peruano. VII.2.D.- Código Venezolano. VIII.- Conclusiones. IX.- Bibliografía y jurisprudencia consultada.

Resumen: En este trabajo se pretende realizar un pequeño recorrido histórico de la legislación argentina en cuanto al desarrollo de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores. De igual manera, se consignarán algunos aportes del derecho comparado y se compartirán algunas reseñas y críticas del derecho vigente, tanto propias como de la doctrina. Finalmente, se considerarán los aportes del anteproyecto de reforma.

Abstract: This paper aims to provide a brief historical overview of Argentine legislation regarding the development of parental responsibility for the actions of their minor children. Likewise, some contributions from comparative law will be recorded and some reviews and criticisms of current law will be shared, both own and from the doctrine. Finally, the contributions of the preliminary reform project will be considered.

¹Abogada (UNC). Profesora en Ciencias Jurídicas (UNC). Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC). Profesora de Política y Derecho Educacional y Pedagogía General (Prof. En Cs. Jurídicas UNC). Jefa de Trabajos Prácticos de Derecho Privado VIII (Daños) Cat "A" (UCC).

Palabras clave:

Responsabilidad refleja- factor objetivo de atribución - responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos- menores de edad

Keywords:

Reflex responsibility - objective attribution factor - responsibility of parents for the actions of their children- minority

I.- Introducción

El presente trabajo pretende abordar una de las responsabilidades especiales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico: la responsabilidad civil de los padres por el hecho de sus hijos menores de edad. La misma, es de tipo refleja, el factor de atribución que la sustenta ha sido modificado con el correr del tiempo y tiene estrecha relación con conceptos del derecho de familia.

La legislación argentina, siempre previó que, ante un daño cometido por un menor, alguien debía responder. El Código de Vélez Sarsfield, coherente con la época en que fue sancionado y con todas las normas que establecía relativas a la mujer, regulaba en su art. 1114, que quien debía responder ante estos daños era el padre del menor, salvo que éste hubiese muerto, estuviere ausente o fuere incapaz, en cuyo caso, respondía la madre del mismo.

En el año 1985, con la reforma introducida por la Ley N° 23.264, se modifica la legitimación pasiva, que pasa a estar en cabeza de ambos progenitores, quienes comienzan a responder de manera solidaria, con algunas especificaciones que serán desarrolladas oportunamente.

Nuestro Código Civil, hoy derogado, incluía la normativa referida a esta temática en el Libro Segundo, Segunda Sección, en el Título nueve, referido a “las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delito”. Es por este motivo, que durante mucho tiempo se discutió sobre cuál era la esfera de los daños provocados por menores sobre los cuales los padres debían responder. Finalmente, el Código Civil y Comercial de la Nación zanja la cuestión, sistematizando la temática dentro del Libro Tercero (Derechos Personales), Título Cinco, Capítulo Uno “Responsabilidad Civil”.

En este trabajo se pretende realizar un pequeño recorrido histórico de la legislación argentina en cuanto al desarrollo de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores. Asimismo, se realizarán algunas reseñas y críticas sobre el derecho vigente, tanto propias como de la doctrina, se incluirán aportes del derecho comparado y del anteproyecto de reforma existente en este momento.

II.- El Código Civil de Vélez Sarsfield

II.1.- La normativa

Nuestro Código Civil vigente desde 1871, establecía en el art. 1114: *“El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales”*.

II.2.- Legitimación pasiva.

El codificador estableció un sistema de responsabilidad refleja, teniendo en miras la protección de la víctima, proporcionándole un legitimado pasivo solvente a los fines de responder por los daños realizados por un menor de edad.

Resulta coherente lo codificado, con el tratamiento que en la época se le dispensaba a la mujer y a los menores, es decir, que los segundos no fueran mencionados en cuanto a su responsabilidad y que las primeras solo respondieran si el padre había fallecido, estaba ausente o era incapaz. Es necesario recordar que el art. 55 del Código Civil, establecía la incapacidad, con respecto a la realización de determinados actos, de la mujer casada, y que esta normativa recién fue derogada en el año 1968 por la Ley N° 17.711.

Por otro lado, la minoridad, según el art. 126 de la misma normativa, se extendía hasta los veintidós años de edad (modificado por la Ley N° 17.711, estableciendo la adquisición de la mayoría de edad a los veintiún años).

Así las cosas, ante un daño provocado por un menor, en primera instancia respondía únicamente su padre, salvo que éste hubiese fallecido, estuviera ausente o fuera incapaz, debiendo responder, en dicha situación, la madre del menor.

II.3.- Eximentes

En los dos artículos subsiguientes del Código Civil se planteaban las eximentes a esta responsabilidad refleja. En el art. 1115 se establecía que *“La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.”*

La doctrina discutió largamente a que se refería el codificador cuando hablaba de “establecimiento de cualquier clase”, habiéndose interpretado que incluía cuando el menor se enlistaba en el ejército, o cuando se incorporaba a alguna orden religiosa, como así también cuando se encontraba en un establecimiento educativo con el carácter de “pupilo” (teniendo en cuenta que la responsabilidad de los directores y maestros estaba contemplada en el art. 1117 del código velezano).

Finalmente, el art. 1116 rezaba: *“Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos.”*

La imposibilidad de impedir el daño causado por el hijo menor debía ser probada por el padre, o, en su caso, por la madre, y estaba centrada en el acabado cumplimiento de su deber de vigilancia activa sobre sus hijos. Es decir que, tal como explícitamente regulaba el artículo citado, el solo hecho de que el daño cometido por el hijo menor hubiese ocurrido fuera de la presencia de los padres, no los eximía, si estos no lograban probar haber ejercido una vigilancia activa sobre sus hijos menores.

II.4.- Factor de atribución

Resulta claro de la mera lectura de los artículos citados, que la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos respondía a un factor subjetivo de atribución, siendo la culpa en sentido amplio, el fundamento de esta responsabilidad, lo cual, ha sido largamente discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por un lado, están quienes entendían que este tipo de responsabilidad se fundamentaba en una falta de vigilancia activa o “culpa in vigilando”, adhiriendo a esta postura autores de la talla de Salvat, Salas, Lafaille y Borda, entre otros². Así también, esta tesis ha sido admitida jurisprudencialmente³. Esta postura destacaba que, entre las obligaciones de los padres se encontraba impedir que los hijos dañen a terceros. A lo largo de los años fue criticada, principalmente por la imprecisión que implica el término “vigilancia” y, a su vez, lo dificultosa que resulta la misma a medida que los hijos adquieren una mayor edad, por ejemplo, en la adolescencia. Más aun

² Puede verse el desarrollo de estas posiciones en: PLOVANICH, María Cristina. *La responsabilidad de los padres*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 1° Ed. Córdoba, 2011. Pág 80 y ss.

³ CNCiv., Sala A. D, S.F. y otros c/V, J.L y otros s/daños y perjuicios. 11/05/2012. Cita Online: AR/JUR/25188/2012

teniendo en cuenta que la tendencia moderna radica en otorgarle a los menores un mayor margen de libertad⁴.

Otros⁵, fundaban esta responsabilidad subjetiva en una falta de educación, en opinión de Plovanich *“este criterio hoy aparece en decadencia por varias razones: el sentido de la educación ha variado notablemente desde el siglo XIX hasta nuestros días. Ya no es tan fácil ni automática la imputación de todo defecto de educación a los padres: la presencia de los medios masivos de comunicación es cada vez más notoria, la evolución de los criterios de enseñanza en las escuelas que brindan menos información y permiten cada vez mayor autonomía, proponen a los menores diferentes modelos y ejercen influencias inevitables... la disminución de la autoridad paterna tal como se la concebía tiempo atrás, hacen que cada vez esté menos justificada la responsabilidad de los padres con base en culpa en la educación”*⁶.

Algunos autores,⁷ consideran que esta responsabilidad de corte subjetivo se fundamenta tanto en la culpa en la vigilancia como en la educación, es decir, que ninguna excluye a la otra, sino que se trata de un criterio mixto. Esta postura fue incluso mayoritaria durante gran parte de la vigencia del Código Civil, hoy derogado. Autores de la talla de Pizarro y Vallespinos⁸ sostienen que esta responsabilidad refleja se sustenta en la inobservancia de los deberes que son inherentes a la patria potestad (hoy responsabilidad parental), entre los cuales se encuentran la vigilancia y la educación de los hijos, como así también su cuidado. Bajo la normativa anterior, sostenían que estábamos ante una responsabilidad subjetiva sobre la cual pesaba una presunción iuris tantum, en consonancia con la exigente del art. 1116 del Código Civil. Es decir que existía una “culpa presumida” sobre el accionar de los padres, cuando los hijos menores dañaban a un tercero.

En idéntico sentido, Ossola⁹ expresa que, en el Código de Vélez Sarsfield, existía una presunción de culpabilidad que pesaba sobre los padres, quienes podrían eximirse acreditando prueba en contrario. Coincide con este orden de ideas, Plovanich quien expresa que se trata de un supuesto de presunción de culpa, que la doctrina y jurisprudencia, en forma mayoritaria, sustentan en la culpa en la vigilancia y educación, o en alguna de ellas¹⁰.

Otros autores, aun desde la vigencia del Código de Vélez, impulsaban la naturaleza objetiva de esta responsabilidad, por distintas razones, entre ellas, la garantía (se trataría de un factor objetivo fundado en la condición de garantes que los padres asumen por los hechos dañosos de sus hijos menores)¹¹, por la responsabilidad parental en sí misma¹², por el riesgo, por la mayor solvencia patrimonial, entre otras.

⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Actuaciones por daños*. Hammurabi. 1° Ed. Buenos Aires, 2004.

⁵ AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos*, t. III, Actos ilícitos, 2° ed., TEA, Buenos Aires, n° 99 y ss.,

⁶ Plovanich, (n. 2), p. 89.

⁷ ORGAZ, Alfredo. *La Culpa*, n° 63; Llambías, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Abeledo - Perrot, 2° Ed. Buenos Aires, 1982.

⁸ PIZARRO, R. Daniel y VALLESPINOS, C. Gustavo. *Instituciones del Derecho Privado. Obligaciones*. Hammurabi. Buenos Aires, 2009. Vol. 4, p. 423.ág. 423.

⁹ OSSOLA, Federico A. *Responsabilidad Civil*. Abeledo Perrot. 1° Ed. Buenos Aires, 2016. Pág. 288.

¹⁰ PLOVANICH, María Cristina. *Responsabilidad de los padres en el Código Civil y Comercial unificado*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Número especial sobre la responsabilidad civil y el nuevo. Ed. La Ley. Año XVII. Número 4. Abril de 2015, p. 167 a 175 inclusive. ISSN : 1666-4590

¹¹ PLOVANICH (n.2), p. 126

¹² LLOVERAS, Nora. *“El menor habilitado para conducir y la responsabilidad refleja de los padres”* en Ameal, Oscar J. *Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI*, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001; ZAVALA DE GONZALEZ (n.4) p. 374.

II.5.-Terminología

El código velezano establecía algunos conceptos que hoy ya han sido superados, pero que tenían influencia en este régimen de responsabilidad. La normativa vigente en ese entonces, contemplaba la clasificación de los hijos en “hijos legítimos” que eran los nacidos dentro del matrimonio (con las especificaciones temporales establecidas en los art. 240 al 250 del Código Civil) e “hijos naturales” (nacidos fuera del matrimonio, de padres que, al tiempo de la concepción de aquellos, pudieron casarse, en los términos del art. 311 del Código Civil).

Vélez Sarsfield también había clasificado a los hijos en adulterinos (nacidos de la unión de personas que no podían contraer matrimonio porque una o ambas de ellas estaban casadas), incestuosos (nacidos de personas impedidas de casarse por parentesco no dispensable en los cánones de la Iglesia Católica) y sacrílegos (nacidos de padres del clérigo o de personas ligadas a la Iglesia por votos de castidad), en los casos de estos hijos, el Código Civil no establecía nada en términos de responsabilidad de sus padres, debiendo interpretarse, contrario sensu, su irresponsabilidad.

Igualmente, es necesario recalcar que en el código velezano se adquiría la calidad de padre o madre únicamente de manera biológica, atendiendo a la clasificación establecida en el párrafo precedente. Nuestro codificador, no reguló la filiación por adopción, la que fue incorporada en el año 1948 con la Ley N° 13.252, habiendo sufrido varias modificaciones con posterioridad.

II.6.- Antecedentes

El codificador, en la nota al art. 1114 establece que los antecedentes de la norma se encuentran en el Código Francés de Napoleón (1804) en el art. 1384, el que establecía: *“Se es responsable no solamente del daño causado por el hecho propio, sino también del daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tiene bajo la guarda. El padre y la madre, tras la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos”.*

III.- Las reformas al Código Civil

El Código Civil de Vélez Sarsfield sufrió, durante su vigencia, múltiples reformas, a continuación, se realizará una reseña de aquellas que, de una forma u otra, introdujeron modificaciones en torno a la temática que nos atañe.

La denominada “Reforma de Borda” de 1968, nada modificó en torno a este tipo de responsabilidad refleja, de hecho, mantiene intacto el art. 1114 del CC, si bien realizó modificaciones importantes en torno a derogar la incapacidad de la mujer casada y en lo referido a la terminación de la minoridad, tal y como se ha hecho referencia en la introducción del presente trabajo.

En el año 1985, se sancionó la Ley N° 23.264, la cual modifica enteramente el art. 1114, el cual quedó redactado en los siguientes términos: *“El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.”*

En este sentido, se modificaron algunas cuestiones de relevancia:

- Se estableció la solidaridad para responder de ambos padres, ampliando el espectro de personas que responden, en beneficio de la víctima.
- Se incorporó el requisito de que los menores “habiten” con ellos.
- Se reguló la responsabilidad concurrente de los padres con los hijos que fueren mayores de diez años.
- Para el supuesto de que los padres no convivan, responde quien ejerce la tenencia del menor, salvo que en el momento del hecho dañoso estuviese al cuidado del otro progenitor.

En cuanto al último punto, mucho se discutió en la doctrina, ya que si el factor de atribución subjetivo responde a un deber de educación (y no únicamente de vigilancia), ambos padres son responsables de educar a sus hijos, independientemente de que convivan o no, motivo por el cual no resultaba razonable eximir al progenitor que no detentaba la tenencia del niño.

En este sentido, este requisito también fue criticado ya que, para la víctima, resultaba muy difícil determinar cuál progenitor detentaba la tenencia, o bajo el cuidado de cuál de los dos padres se encontraba en el momento del hecho dañoso¹³.

En el año 1997, se sanciona la Ley N° 24.779 que incorpora el Título Cuatro en la Sección segunda del Libro Primero del Código Civil: “De la adopción”. Así se incorpora este tipo de filiación de manera codificada, a pesar de ya existir en la ley de adopción y sus sucesivas modificaciones.

Es decir, que no solo responden los padres biológicos ante el daño que pudieren provocar sus hijos menores, sino también sus adoptantes. Resulta claro este efecto opera únicamente en el caso de la adopción plena, pudiendo haber sido discutido en el caso de la adopción simple que, según el art. 329 del código, hoy derogado, no creaba vínculos de parentesco. A mi criterio, a pesar de esta situación, la calidad de padres es adquirida por los adoptantes, por lo tanto, respondían ante las víctimas de los daños provocados por los hijos adoptivos menores de edad. Más aun teniendo en cuenta que, al estar basada esta responsabilidad en un factor de atribución subjetivo, quienes efectivamente ejercen la vigilancia, educación y control de los menores son, justamente, sus padres adoptivos, independientemente del tipo de adopción y de los vínculos subsistentes con la familia biológica de origen.

A su vez, con la Ley N° 24.830, se realiza la incorporación de un segundo párrafo al art. 1114, conteniendo la responsabilidad de tutores y curadores, que escapan al contenido del presente trabajo.

Finalmente, existe otro cambio legislativo introducido por la ley 26.579, en el año 2009, que establece la adquisición de la plena capacidad de las personas físicas a partir de los dieciocho años de edad. Esta modificación repercute en una reducción del período de tiempo por el cual los padres responden por los daños provocados por sus hijos menores de edad, ya que, hasta ese momento, la minoridad del hijo se mantenía hasta los veintiún años. Algunos autores¹⁴ señalan que esta extensión del período en el cual el hijo era menor de edad llevaba, a no pocos progenitores, a emanciparlos a los dieciocho años, para eludir la responsabilidad civil que la ley les imponía por los daños que pudieren causar sus hijos menores.

¹³ LLOVERAS, Nora. MONJO, Sebastián. “Responsabilidad de los padres y otras personas encargadas” en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial dirigido por José Fernando Marquez. Zavalía. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. p. 78 y 79.

¹⁴ LLOVERAS; MONJO (n. 13), p. 67.

IV- El Código civil y comercial de la Nación

IV.1.- La normativa

El Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN, que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, establece en su Art. 1754: *“Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda haber a los hijos.”*

IV.2. Legitimación pasiva

Con respecto a este punto, se mantiene la responsabilidad de ambos padres, de manera solidaria, y en concurrencia con la responsabilidad de los hijos, se omite incluir que sean mayores de diez años, pero ello surge de la interpretación del resto de las normas del Código vigente, con lo cual no existiría un verdadero cambio en este punto.

En consonancia con la nueva terminología incorporada por el código, la que será tratada con posterioridad, se establece como requisito que dichos hijos se encuentren bajo la responsabilidad parental (anteriormente regulada como patria potestad) y se mantiene el requisito de que sus hijos “habiten con ellos”.

Con respecto a la responsabilidad parental, es necesario recalcar que la misma recae sobre ambos padres y que puede ser ejercida de manera conjunta o indistinta. Expresamente la normativa establece que, como toda responsabilidad refleja, existe concurrencia con el hijo, a la hora de responder ante la víctima del hecho dañoso, quien lo hace de manera personal. Esto se relaciona con la tendencia a “sumar reparadores” y no a restar personas que puedan cumplir, ante la víctima, con las indemnizaciones pertinentes¹⁵.

IV.3.- Factor de atribución

El factor de atribución, en la normativa anterior, era de carácter subjetivo, con lo cual uno de los principales cambios que introduce el CCCN, es establecer una responsabilidad de tinte objetiva.

Picasso y Sáenz, al comentar esta norma, afirman que: “la cuestión era discutida en el régimen de los arts. 1114 a 1116 CC, incluso luego de la reforma instaurada por la ley 24.830. En efecto, un sector de la doctrina postulaba la responsabilidad subjetiva de los padres, con sustento en la eximente prevista en el art. 1116 del Código de Vélez, mientras que otros consideraban que se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva, que podía fundarse tanto en el factor de atribución garantía como en el riesgo que emana de la patria potestad. El CCCN termina con todo debate al respecto, por un lado, al consagrar que la responsabilidad de los padres es de corte netamente objetivo y, por el otro, al excluir la posibilidad de que los progenitores se eximan de responsabilidad acreditando que les ha sido imposible evitar la producción del daño. En consecuencia, como principio general los padres, para eximirse de responder, deben acreditar la causa ajena”¹⁶.

¹⁵ LLOVERAS; MONJO (n. 13), p. 80.

¹⁶ Código Civil y Comercial Comentado de la Nación dirigido por Herrera, Caramelo y Picasso. Ed. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 1º Ed. 2016. Tomo IV. Comentario a los Art. 1754 y 1755, comentado Por Picasso, Sebastián. Saenz, Luis J. R. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

Si bien, el Código Civil argentino establecía un factor de atribución subjetivo, la jurisprudencia había establecido criterios muy rigurosos a los fines de eximir de responsabilidad a los progenitores. Así lo expresa Plovovich, al considerar varios fallos judiciales en torno a “cómo operan las causas de liberación de responsabilidad que el sistema admite, pero desde ya se adelanta que del análisis surge que el criterio judicial al resolver los planteos es de un rigorismo tal que casi nunca encuentra razones para dispensar a los padres...”¹⁷ Así las cosas, en la práctica, parecía que la eximente de este tipo de responsabilidad era el caso fortuito, propia de un factor objetivo de atribución.

Todo debate queda zanjado con la nueva norma, ya que art. 1755 establece en el primer párrafo que la responsabilidad de los padres es de carácter objetivo.

Ossola¹⁸ expresa que el factor de atribución es objetivo y que está sustentado en la garantía, coincidiendo en que esta es una de las modificaciones más importantes que trae el nuevo código.

IV.4.- Requisitos

Así, en los términos de la normativa vigente, la responsabilidad civil de los padres por el hecho de los hijos se genera cuando concurren tres presupuestos: la minoridad del hijo, la vigencia de la responsabilidad parental y la convivencia con los padres. A continuación, se desglosará cada uno y se realizará una breve explicación de los mismos:

a) Minoridad del hijo: este es el primer recaudo que debe estar presente para que surja esta responsabilidad, es decir, que el hijo no haya cumplido los dieciocho años de edad, en los términos del art. 25 del CCCN. Este requisito es independiente de la existencia de voluntariedad del acto y se justifica en la existencia de responsabilidad parental sobre los hijos mientras éstos sean menores de edad, y no en el mero hecho de ser sus progenitores.

b) La vigencia de la responsabilidad parental del sindicado como responsable: quienes responderán serán aquellos progenitores que detenten ésta responsabilidad, los alcances de esta terminología serán explicitados más adelante.

c) La convivencia del menor con el responsable: para que nazca el deber de resarcir por parte de los progenitores, es preciso que el menor conviva con ellos. Sin embargo, esto no quiere decir que, al momento de producirse el hecho, el niño se encuentre efectivamente conviviendo con sus progenitores desde un punto de vista material. La locución “convivencia” debe ser interpretada con un criterio flexible, es decir, partiendo de la idea de que se configura cuando los progenitores, aun cuando no convivan materialmente con el menor, puedan ejercer la vigilancia y educación de su hijo. Se trata de que los padres compartan la vida de su descendiente, sin que sea determinante que puedan vivir o dormir en una casa distinta, pero más o menos cercana, como para no quebrantar dicha convivencia con sus padres.¹⁹

¹⁷ PLOVANICH, (n. 2), p. 127.

¹⁸ OSSOLA (n. 9), p. 288

¹⁹ Código Civil y Comercial Comentado de la Nación dirigido por Herrera, Caramelo y Picasso. Ed. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 1º Ed. 2016. Tomo IV. Comentario a los Art. 1754 y 1755, comentado Por Picasso, Sebastián. Saenz, Luis J. R. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

A estos presupuestos, se le pueden adicionar otros, expresamente desarrollados por Lloveras y Monjo²⁰.

d) La causación por el hijo de un daño resarcible: este es, sin dudas, el presupuesto fundamental para que emerja la responsabilidad refleja, en términos de autoría material del hecho dañoso y de relación de causalidad.

e) La antijuridicidad de la conducta del hijo, es decir que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico, en los términos del art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación.

IV.5.- Eximentes

En este sentido, el CCCN regula las eximentes a este tipo de responsabilidad indirecta, en el art. 1755, que reza: *“Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.”*

Resulta necesario entonces, sistematizar cuales son las eximentes que pueden esgrimir los progenitores a los fines de enervar su responsabilidad indirecta.

La primera causal de cesación de responsabilidad de los padres es la adquisición, por parte del hijo, de la mayoría de edad (en el caso de la normativa argentina, a los dieciocho años), como contracara del primer requisito para que exista este tipo de responsabilidad.

La segunda es la puesta bajo vigilancia, ya sea de manera permanente o transitoria, de otra persona, excluyendo expresamente el supuesto del art. 643 del CCCN, el cual establece: *“Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.”*

Teniendo en cuenta el artículo antes citado, la doctrina entiende que esta puesta bajo vigilancia, ya sea permanente o transitoria, de otra persona, debe ser interpretada en relación al caso en que el menor de edad ingresa a un establecimiento educativo, debiendo responder, en caso de daños, el titular del mismo, en los términos del art. 1767 del CCCN.

Igualmente, es preciso que no exista dependencia entre la persona a la cual se entregó el cuidado del menor y sus progenitores, pues en el caso que sea así no existirá una transmisión de la vigilancia activa del menor: el cuidador actuará bajo

²⁰ LLOVERAS; MONJO (n. 13), p. 85

las órdenes y dirección del padre o madre al cual se encuentra subordinado, este sería el caso de una niñera o maestro particular.

Si bien la locución es amplia, debe ser entendida en su justa medida, nos dice Ossola, “se orienta esencialmente al caso del menor escolarizado que causa daños mientras se encuentra bajo la autoridad educativa, pero en otros casos (ej: vacaciones en la casa de un pariente, o en una salida de esparcimiento) deberá analizarse en el caso concreto, en el sentido de que, desde el análisis causal, resulte la responsabilidad de quien ejercía el cuidado transitorio de modo exclusivo, caso contrario podría haber responsabilidad concurrente entre el cuidador y los padres”.

Un sector de la doctrina plantea que la única eximente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que los padres pueden alegar es la causa ajena.²¹ Finalmente, existen dos eximentes relacionadas con los daños que pueda provocar el menor en el ámbito contractual u obligacional, a saber: cuando realicen tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros y en el caso del incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos. Esta eximente resulta adecuada, ya que poco podrán controlar, vigilar o dirigir los padres a su hijo en el desempeño de su profesión o de su trabajo subordinado a un tercero. En este caso, responderá el hijo, o el principal si se encuentra trabajando bajo las órdenes de un tercero, en los términos del art. 1753 CCCN.

IV.6.- Terminología

En relación a lo establecido por la normativa vigente es necesario precisar terminológicamente “responsabilidad parental” que es un concepto del derecho de familia y que ha sido desarrollado en el art. 638 del CCCN, en los siguientes términos: “*Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.*”

A quienes le corresponde su ejercicio es, en principio, a ambos progenitores (convivan estos, o no), pero el CCCN establece una serie exhaustiva de supuestos, en el art. 641, al cual habrá que remitirse en cada caso concreto, a los fines de determinar quien se encontraba en ejercicio de la misma. A modo de ejemplo se puede mencionar que, en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, a quien le corresponde su ejercicio es al otro progenitor, o en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor, entre otros supuestos.

A su vez, resulta relevante entender que, a partir de la conceptualización realizada por el código vigente, existen nuevos principios que iluminan la relación paterno-filial tales como la democratización de la familia, la autonomía o capacidad progresiva de los niños. Tan es así, que en el art. 638 de la normativa mencionada, se enuncian como principios generales que priman en las reglas de la responsabilidad parental: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas y sus aptitudes y desarrollo y el

²¹ PICASSO; SAENZ (n. 19) Comentario a los Art. 1754 y 1755. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Todo ello, en consonancia con la Convención de los derechos del niño y la Ley 26.061 (Ley de protección integral de los niños, niñas y adolescentes)²². Todos estos principios rectores que se mencionan, impactan en el derecho de daños, obligando a los operadores jurídicos a adoptar una mirada diferente en cada caso concreto, permitiendo, incluso que, el niño, niña o adolescente que sea demandado pueda participar de manera activa en el proceso²³.

En consonancia con la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra su responsabilidad de manera concurrente con sus progenitores, quienes podrán responder por el hecho propio (si estamos ante un acto voluntario) o en los términos del art. 1750 del CCCN (si estamos ante un acto involuntario).

Por otra parte, resulta relevante recalcar que, la filiación en la nueva normativa tiene tres tipos de orígenes: la biológica o por naturaleza, en los términos de la ley argentina (presente ya desde el código de Vélez Sarsfield), distinguiéndose únicamente en hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la adoptiva (que puede ser de tres tipos: simple, plena o por integración, resultando esta última una novedad del CCCN) y por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la cual también constituye una incorporación novedosa de la normativa vigente desde 2015 en Argentina, estableciéndose vínculos tanto monoparentales como biparentales.

El art. 558 del CCCN expresamente establece que la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, tienen los mismos efectos. En principio no existiría discusión en que, en estos tres casos, los padres responden ante los daños provocados por sus hijos menores de edad.

El único supuesto que puede generar algún tipo de duda, es el de la adopción simple, que no genera vínculos de parentesco, pero que, en los términos del art. 620 confiere el estado de hijo al adoptado, razón por la cual considero que queda zanjada la cuestión, y que, de provocar el hijo adoptivo un daño, su adoptante deberá responder, sin importar el tipo de adopción que los una.

V.- Críticas al derecho vigente

En cuanto al CCCN, corresponde realizar algunas precisiones en relación a la manera en la que ha regulado la temática bajo análisis. Por un lado, resulta positivo que se haya dejado expresamente establecido el factor de atribución, lo cual finalizó con largas discusiones doctrinarias y receptó el criterio jurisprudencial mayoritario, ya que en la práctica las eximentes aceptadas eran tan acotadas que esta responsabilidad funcionaba como si fuese de tipo objetiva. Es preferible que la ley expresamente prevea estas cuestiones y no que se deba recurrir a distintos tipos de interpretaciones, en algunos casos, forzadas, para arribar a soluciones más justas. Por otro lado, resulta objetable que se haya mantenido el requisito o presupuesto de que el menor conviva con sus padres, justamente porque si la responsabilidad es objetiva, esta exigencia no resultaría coherente con el sistema instaurado. Este tipo de requisitos, guarda relación con una omisión en el deber de vigilancia o en la educación, que servían de sustento para este supuesto de responsabilidad civil en el código derogado, en el cual nos encontrábamos frente a un factor de atribución subjetivo.

²² LLOVERAS; MONJO (n. 13).

²³ LLOVERAS; MONJO (n. 13)

La doctrina, en el período de vigencia del CCCN, ha sostenido que el requisito de convivencia debe ser tomado de manera flexible²⁴, teniendo en cuenta que, ante la separación de los padres, el cuidado personal se presume compartido, como regla general, existiendo la posibilidad de que conviva casi el mismo tiempo con cada progenitor.

Asimismo, el vocablo “padres” también pareciera no adecuarse a las normas del derecho de familia, en cuyo articulado se utiliza la palabra “progenitores” teniendo en cuenta los distintos tipos de filiaciones incorporados por el Código Civil y Comercial de la Nación y considerando que se ha ampliado el espectro de tipo de familia, no siendo la única posible la de la pareja heterosexual. En este sentido, considero, sería más adecuado utilizar el vocablo “progenitor” y no “padre”.

Por otra parte, tampoco resulta coherente con la existencia de un factor objetivo de atribución, el hecho de que se mantuviera en términos confusos y poco claros, el supuesto del menor que “es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente”. Que ello es así porque, por un lado, no estamos ante una responsabilidad de tipo subjetiva, por lo que, nuevamente, hablar de “vigilancia” resulta inadecuado. Además, se evitarían interpretaciones posteriores y discusiones de la doctrina y de la jurisprudencia, si el legislador hubiese regulado la eximente para el caso en el que el menor se encuentra en un establecimiento educativo, por ejemplo, remitiendo al art. 1767. Ossola, coincide en que fue poco feliz la incorporación de esta eximente en estos términos.²⁵

VI.- El anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación²⁶

Si bien el CCCN no tiene mucho tiempo de vigencia, las críticas a algunas de sus normas no se hicieron esperar, por lo que, nuevamente, se organizó una comisión reformadora que ya ha finalizado con el Anteproyecto de reforma a la normativa vigente, a los fines de poder mejorarla.

En este anteproyecto, se incluyen dos artículos que modifican el régimen vigente, el art 106 y el art. 107. En este sentido se plantea la sustitución del art. 1754 del CCCN por el siguiente: *“Hechos de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental, sin perjuicio de la responsabilidad personal y solidaria que pueda caber a los hijos. La responsabilidad de los padres es objetiva y persiste cuando el menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanente, sin perjuicio de las acciones de regreso que en tal caso puedan corresponder. También persiste en los supuestos previstos por los 643, 700 incisos a, b y c) y 700 bis”*.

En idéntico sentido se plantea sustituir el art. 1755 del CCCN por el siguiente texto: *“Cesación de la responsabilidad paterna. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental en tareas inherentes al ejercicio de su profesión, o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos”*.

²⁴ OSSOLA (n. 9), p. 288

²⁵ OSSOLA (n.9), p. 288

²⁶ El 13 de septiembre de 2018, la Comisión integrada por los Dres. Diego Botana, Julio Cesar Rivera y Ramon Pizarro elevó el Anteproyecto al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Germán Garavano

Como se puede observar, las modificaciones incluidas no son menores, ya que depura la mayoría de las cuestiones que se le han criticado a este articulado, lo organiza mejor, incluyendo un segundo párrafo en el art. 1754 que evita confusiones y, a su vez, realiza cambios de importancia que serán desarrollados a continuación. En los fundamentos²⁷ de este anteproyecto se especifica que, de manera coherente con el articulado del CCCN, se procedió a suprimir el requisito de la convivencia que inexplicablemente establece el art. 1754. Mientras los hijos se encuentren bajo responsabilidad parental, los padres responden objetivamente en todo momento, sin perjuicio de la responsabilidad personal que pueda caber a los hijos y de la responsabilidad concurrente que pueda pesar sobre ciertos terceros.

Se eliminó la cesación de responsabilidad de los padres por haber puesto al hijo bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. Ello, en virtud del fundamento objetivo de su responsabilidad, que no se desvanece por tal circunstancia, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder contra quienes tienen la vigilancia del menor en tales circunstancias. Es necesario puntualizar que el art. 1767 del CCCN no ha sido modificado por el proyecto, por lo cual la responsabilidad objetiva del titular del establecimiento educativo permanece. Pudiendo plantearse, a mi criterio, la concurrencia de ambos responsables, proporcionándole a la víctima un espectro más amplio de “reparadores” solventes sobre quienes podrá elegir reclamar las indemnizaciones pertinentes por el daño sufrido.

La responsabilidad de los hijos también se mantiene, de manera personal, pero en lugar de tener el carácter de concurrente, es solidaria, generando grandes cambios en torno a sus efectos.

Finalmente, se admite que subsista la responsabilidad de los padres cuando se ha producido la pérdida de la responsabilidad parental por causas imputables al progenitor. Ello por cuanto una grave inconducta de su parte, como la que motiva dicha sanción, no puede en modo alguno justificar que se lo exima de responsabilidad frente a terceros por los daños causados por el hijo menor.

El régimen proyectado resulta armonioso y coherente con la responsabilidad objetiva que pesa sobre los progenitores y viene a superar, como ya he puntualizado, largas discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los requisitos que el CCCN ha mantenido como la convivencia y la idea de deber de vigilancia que subyace en todo el régimen vigente.

VII.- El derecho comparado

La responsabilidad por el hecho de los hijos ha sido legislada ampliamente como una de las responsabilidades reflejas o por el hecho ajeno por excelencia. Ha ido variando la visión con respecto al factor de atribución que debe sustentar esta responsabilidad y en relación a los eximentes posibles.

En este sentido, la legislación comparada no es ajena a los vaivenes que ha sufrido la de nuestro país.

A los fines de sistematizar este apartado, dividiré en dos la legislación analizada, por un lado, los países europeos que han tenido una marcada influencia en nuestro ordenamiento jurídico, ya desde los tiempos de Vélez Sarsfield, y por otro lado,

²⁷ Proyecto de reforma disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/3875-proyecto-reforma-codigo-civil-y-comercial-y-familia-nota-elevacion-y>

algunos códigos latinoamericanos que merecen alguna puntualización. El análisis se realizará sobre normas vigentes, pretende ser ejemplificador y bajo ningún punto de vista es exhaustivo.

VII.1.- Códigos Europeos

VII. 1.A.- Código Francés

El Código Civil Francés²⁸, regula en su art. 1242 lo siguiente: *"Somos responsables no sólo del daño que causamos con nuestras propias acciones, sino también del que es causado por las acciones de personas por las que debemos responder, o de cosas que tenemos bajo nuestra custodia (...) El padre y la madre, en el ejercicio de la patria potestad, son solidariamente responsables de los daños causados por los hijos menores que convivan con ellos (...) La responsabilidad anterior surge, a menos que el padre y la madre y los artesanos prueben que no pudieron evitar el hecho que da origen a esta responsabilidad."*

Así las cosas, de la normativa vigente, surge que la responsabilidad de los padres es solidaria y de tinte subjetivo. Sin perjuicio de ello, se debe remarcar que tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han inclinado por reducir cada vez más el margen de excusabilidad de los progenitores cuando la edad del niño es muy corta, generando que en estos casos se asemeje más a una responsabilidad de corte objetiva. Una vez llegada la pubertad, comienza a ser más habitual que los tribunales exoneren a los progenitores²⁹.

VII.1.B.- Código Italiano

El Código Civil italiano reza en su artículo 2048³⁰: *"El padre y la madre, o el tutor son responsables del daño ocasionado por el hijo menor no emancipado o de la persona sujeta a tutela que habite con ellos. La misma disposición se aplica al guardador (...) Las personas indicadas en los párrafos precedentes son liberadas de la responsabilidad si prueban no haber podido impedir el hecho."*

Así, se establece un sistema en el cual se exige la convivencia con el menor, que éste no se encuentre emancipado, es decir, sujeto a tutela y que los padres no hayan podido impedir el hecho, lo que implica una responsabilidad subjetiva.

En la práctica, nos dice Plovánich, sucede algo similar que lo que ocurre en Francia, pareciera existir una presunción de culpabilidad de los padres, que acota el margen de eximentes posibles, existiendo diferencias jurisprudenciales según la edad del hijo, haciendo conveniente una modificación normativa³¹.

VII.1.C.- Código Alemán

El Código Civil Alemán (BGB) regula la responsabilidad de los padres en el art. 832³² el que expresa: *"quien en virtud de la ley esté obligado a la vigilancia de una persona que necesita de dirección a causa de su menor edad (...) está también obligado a la"*

²⁸ Código civil Francés: Disponible en:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032021486/#L EGISCTA000032021486

²⁹ PLOVANICH, (n.2), p. 43 a 46

³⁰ Código Civil Italiano: Disponible en: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-2048.php> y en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/430551>

³¹ PLOVANICH (n.2), p. 47 a 50

³² Código Civil Alemán: Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_832.html

indemnización del daño que esta persona cause a un tercero. La obligación de indemnización no tiene lugar si ha satisfecho el deber de vigilancia o si, en caso de no haberlo satisfecho, el daño se hubiese producido incluso con la vigilancia adecuada."

Esta normativa plantea un régimen de responsabilidad subjetiva y expresamente reconoce el deber de vigilancia.

VII.1.D.- Código Español

El art. 1903³³ del Código Civil español, reza en su segundo párrafo: "*Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*", en su parte final del mismo precepto expresa: "*La responsabilidad de que se trata en este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*".

En idéntico sentido que las normativas antes citadas, se prevé una responsabilidad subjetiva, que exige que los hijos estén en guarda, eximiéndose en caso de probar haber empleado toda la diligencia necesaria para impedir el daño.

VII.2.- Códigos Latinoamericanos

VII. 2.A.- Código Chileno

Este código, plantea en su art. 2320 que: "*Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así los progenitores son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa (...) Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho*"³⁴.

En este sentido, se exige la habitación con los hijos, su minoridad y se puede eximir de responsabilidad si acredita la imposibilidad de impedir el hecho, lo que nos hace pensar que nos encontramos en el terreno de una responsabilidad de corte subjetiva.

VII.2.B.- Código Brasileño

Con la reforma del Código Civil en el año 2002³⁵, se estableció en su art. 932 que: "*Son también responsables los padres por los hijos menores que estuvieren bajo su autoridad y compañía*". El art. 933 dispone que en los casos del artículo anterior, "*aunque no haya culpa de su parte, responderán por los actos practicados por los terceros allí referidos*".

VII.2.C.- Código Peruano

La normativa de este país preveía esta responsabilidad en dos artículos, el primero es el 1975 que reza: "*La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable*". Y el art. 1976 completaba el régimen estableciendo: "*No hay responsabilidad por el daño causado por la persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso*

³³ Código civil español: Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/art/a1903.htm>

³⁴ Código civil chileno: Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

³⁵ Código civil Brasileño: Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202020ed.pdf>

*responde su representante legal.*³⁶ Actualmente ambos artículos se encuentran derogados por el Decreto Ley N° 1384, del 04/09/018, sin mayor fundamento ni sustento, dejando un vacío normativo, puesto que ya no hay disposición expresa en el código civil peruano que regule un supuesto de hecho similar. Si bien el artículo 458° del Código Civil establece que el menor capaz de discernimiento responde por el daño que cause, sin embargo, omite señalar si los padres o representantes legales del menor responden o no solidariamente³⁷.

VII.2.D.- Código Venezolano

Este código, establece en su art. 1190 que, *“el padre, la madre, y a falta de éstos, el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos (...) La responsabilidad de estas personas, no tiene efecto cuando ellas prueban que no han podido impedir el hecho que ha dado origen a esa responsabilidad; pero ella subsiste aun cuando el autor del acto sea irresponsable por falta de discernimiento.”*³⁸

En este caso, también se establece una responsabilidad subjetiva de los padres cuando el hijo ocasione un daño derivado de un hecho ilícito, eximiéndose si demuestran no haber podido impedir el hecho, salvo que exista falta de discernimiento, en cuyo caso responden de igual manera.

VIII.- Conclusiones

La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos ha recorrido un largo camino de evolución en nuestro derecho interno, el que ha tenido su paralelo en el derecho comparado.

Con el cambio de la sociedad, se ha ido generando una modificación en el derecho. Así las cosas, observamos cómo, primeramente, solo respondía el padre y, de manera excepcional, la madre, por los daños que provocaran los hijos menores. Con la adquisición de mayores derechos por parte de la mujer, esto se modificó, poniendo en pie de igualdad a ambos progenitores, también frente a la víctima del daño, a los fines de responder.

Originariamente, en coherencia con el espíritu del código velezano y de los demás códigos de la época, la responsabilidad era de corte subjetivo, con la eximente típica de la no culpa. Con el correr del tiempo, las eximentes se fueron restringiendo, planteándose de manera doctrinal y jurisprudencial una presunción de culpa por parte de los padres.

En la práctica se restringió tanto la aplicación de la eximente, que operaba casi como una responsabilidad objetiva, siendo muy pocos los casos en los que los padres lograban eximirse. Siendo mayoritaria la postura que planteaba la existencia de una culpa presumida o presunción de culpa en cabeza de los padres, por el solo hecho de acaecer un hecho dañoso cuyo autor material era su hijo menor de edad.

Todo ello fue receptado por nuestro CCCN, estableciéndose una responsabilidad objetiva, en consonancia con los requerimientos sociales y la necesidad de proteger

³⁶ Código Civil peruano: Disponible en: <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-segunda-parte/>

³⁷ CÓRDOVA LÓPEZ, Ocner. *La responsabilidad civil extracontractual de los niños y adolescentes. Revista del Instituto de la Familia.* Persona y familia. UNIFE. Facultad de Derecho. Enero - Diciembre. 2020, N°9, p. 151-172.

³⁸ Código civil Venezolano: Disponible en: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-venezuela/articulo-1190.php>

a la víctima del hecho dañoso. Se fundamenta este deber de responder de manera objetiva por parte de los progenitores en la existencia de la responsabilidad parental. Se mantuvo la concurrencia de responsabilidad con el hijo, hecho este que ahora pretende ser modificado por el proyecto de reforma, regulando una responsabilidad solidaria entre los progenitores y el hijo.

También se incluyeron algunos requisitos que han sido fuertemente criticados por la doctrina, ya presentes en el código derogado, porque no guardan coherencia con la existencia de una responsabilidad objetiva, a saber: la convivencia con el hijo menor y la eximente cuando se delega la vigilancia ya sea de manera permanente o transitoria en un tercero. En este sentido, es acertado el planteo del anteproyecto de reforma al CCCN, cuando elimina estas cuestiones del articulado.

Al analizar el derecho comparado, hemos observado que Argentina ha sido pionera en el establecimiento de una responsabilidad objetiva en cabeza de los progenitores, habiéndose mantenido los demás países en la órbita de una responsabilidad subjetiva, en algunos casos agravada.

Se puede concluir diciendo, que se ha recorrido un largo camino y que hemos llegado a una normativa acorde a los tiempos que corren y a los reclamos, no solo sociales sino de la doctrina y de la jurisprudencia.

La norma vigente, puede y debe ser mejorada, a la luz de las críticas que ha sufrido durante estos casi cuatro años de vigencia, y, considero que el anteproyecto de reforma va en ese camino. Las modificaciones planteadas, mantienen coherencia con el resto del cuerpo normativo, con las reglas de la responsabilidad objetiva y con los principios del derecho de daños, por lo que, de sancionarse, habremos perfeccionado al máximo la norma vigente en esta materia.

IX.- Bibliografía y jurisprudencia consultada (por orden de cita, desglosadas por única vez)

PLOVANICH, María Cristina. *La responsabilidad de los padres*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. 1º Ed. Córdoba, 2011.

CNCiv., Sala A. D, S.F. y otros c/V, J.L y otros s/daños y perjuicios. 11/05/2012. Cita Online: AR/JUR/25188/2012.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Actuaciones por daños*. Hammurabi. 1º Ed. Buenos Aires, 2004.

AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos*, t. III, Actos ilícitos, 2º ed.,TEA, Buenos Aires, nº 99 y ss.

ORGAZ, Alfredo. *La Culpa*, nº 63; Llambías, Jorge J. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Abeledo - Perrot, 2º Ed. Buenos Aires, 1982.

PIZARRO, R. Daniel y VALLESPINOS, C. Gustavo. *Instituciones del Derecho Privado. Obligaciones*. Hammurabi. Buenos Aires, 2009. Vol. 4.

OSSOLA, Federico A. *Responsabilidad Civil*. Abeledo Perrot. 1º Ed. Buenos Aires, 2016.

PLOVANICH, María Cristina. *Responsabilidad de los padres en el código civil y comercial unificado*. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Número especial sobre la responsabilidad civil y el nuevo. Ed. La Ley. Año XVII. Número 4. Abril de 2015. ISSN : 1666-4590

LLOVERAS, Nora. *El menor habilitado para conducir y la responsabilidad refleja de los padres*, en Ameal, Oscar J. Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2001.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *Actuaciones por daños*. Hammurabi. 1º Ed. Buenos Aires, 2004.

LLOVERAS, Nora. MONJO, Sebastián. *Responsabilidad de los padres y otras personas encargadas en Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial* dirigido por José Fernando Marquez. Zavalía. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

Código Civil y Comercial Comentado de la Nación dirigido por Herrera, Caramelo y Picasso. Ed. del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 1º Ed. 2016. Tomo IV. Comentario a los Art. 1754 y 1755, comentado Por Picasso, Sebastián. Saenz, Luis J. R. Disponible en: http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

Anteproyecto de reforma disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/3875-proyecto-reforma-codigo-civil-y-comercial-y-familia-nota-elevacion-y>

Código Civil Francés: Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032021486/#LEGISCTA000032021486

Código civil italiano: Disponible en: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-2048.php> y en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/430551>

Código civil alemán: Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_832.html

Código civil español disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/art/a1903.htm>

Código civil chileno: Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>

Código civil Brasileño: Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf>

Código civil peruano: Disponible en: <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-segunda-parte/>

CÓRDOVA LÓPEZ, Oner. *La responsabilidad civil extracontractual de los niños y adolescentes*. Revista del Instituto de la Familia. Persona y familia. UNIFE. Facultad de Derecho. Enero - Diciembre. 2020, N°9.

Código civil venezolano: Disponible en: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-venezuela/articulo-1190.php>

Las costas en el juicio de daños y perjuicios en la Provincia de Córdoba.

Por Lidia María del Milagro Cornavaca ¹

Sumario: I.- Costas. Concepto. Contenido de las costas. II.- El origen de las costas judiciales. III.- El fundamento de las costas. 1.- Teorías sobre el fundamento de las costas. IV.- Sistemas de regulación de las costas. V.- Las costas en nuestro sistema. 1.-El principio objetivo de la derrota. A.- La noción de vencimiento. 2.- Las excepciones. A.- Causales vinculadas con la antijuridicidad. B.- Causales vinculadas con la relación de causalidad y sus eximentes. C.- Otros factores de eximición. La equidad. 3.- Vencimientos mutuos. VI.- La imposición de las costas en el juicio de daños y perjuicios. 1.- Vencimientos mutuos. A.- Tesis de la asunción de costas totales por el demandado. B.- Tesis de la atribución prudencial y circunstanciada. C.- Tesis de la distribución proporcional. 2.- Criterios para dilucidar el vencimiento. A.- Rubros cuya cuantía se ha sujetado “a lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse”, o “al prudente arbitrio judicial”. B.- Existencia de concausalidad o concurrencia de causas entre actor y demandado. C.- Acumulación de pretensiones. D.- Distribución de costas entre litisconsortes. 1.- Litis consorcio activo. a.- Facultativo. b.- Necesario. 2.- Litis consorcio pasivo. 3.- Intervención del tercero citado. 4.- Aseguradora citada en garantía. VII.- La limitación del art. 730 Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) VIII.- Exenciones en regímenes especiales. IX.- Conclusión. X.- Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se pretende analizar el instituto de las costas judiciales y las particularidades que presenta en el juicio de daños y perjuicios, a la luz de la legislación aplicable. En primer término, se brindan las nociones básicas. A continuación, se realiza una breve reseña histórica. Luego se examinan los fundamentos de la institución, sus notas típicas, contenido y alcance. A partir de allí, se analizan los principios generales aplicables en nuestro sistema procesal y sus excepciones. Más adelante, se examinan los casos más problemáticos relativos a las costas en los juicios de daños y perjuicios. Al ser una materia tan amplia, un estudio

¹ Abogada. UNC. Escribana. UES21. Magister en derecho procesal UES21. Maestranda en Derecho Civil Patrimonial UNC.

Palabras clave: Costas- Principio de cosas al vencido - Costas por su orden - Eximición - Vencimientos mutuos - Daños y perjuicios - Resarcimiento - Litisconsortes.

Keywords: Legal costs. Damages - Trial Damages - Winning-losing principle - Expenses on their behalf - Joint litigation - Mutual maturities.

exhaustivo demandaría una extensión mucho mayor, por esa razón, el análisis se ha circunscripto a la regla general y sus excepciones, a fin de brindar profundidad a lo tratado. El objetivo ha sido retornar a la raíz del instituto, a fin de brindar claridad, a la hora de juzgar los casos concretos que atañen diariamente a los operadores jurídicos.

Abstract: The present work aims to analyze the institute of judicial costs and the particularities that it presents in the damages trial, in light of the applicable law. First, the basic notions are provided. Next, it is done a brief historical review. Then the foundations of the institution are examined, its typical notes, content and scope. From there, the general principles are analyzed applicable in our procedural system and its exceptions. Later, we examine the more problematic cases relating to costs in damages proceedings. To the being such a broad subject, an exhaustive study would require a much longer extension. Greater, for that reason, the analysis has been limited to the general rule and its exceptions, in order to provide depth to what was discussed. The objective has been to return to the root of the institute, in order to provide clarity, when judging specific cases that concern daily to legal operators.

I. - Costas. Concepto. Contenido de las costas

El proceso judicial es el instrumento técnico ideado por la Constitución y reglamentado por normas, para la realización indirecta del derecho por medio de los procedimientos y con la intervención de los órganos judiciales del Estado que cumplen la función de recomposición del orden jurídico (principio de oficialidad)². Así, el concepto genérico de proceso supone una estructura y una finalidad propia y también la actuación de sujetos ante los tribunales como: partes, abogados, procuradores y jueces.³

Toda esta estructura, tiene un costo, muchas veces elevado y, por tanto, esta cuestión debe ser tenida en cuenta por las partes al momento de involucrarse en un proceso judicial. Es en este contexto, que cobra relevancia el concepto "costas".

En efecto, se ha definido a las costas como "los gastos procesales que tienen al proceso como causa inmediata y directa de su producción, y que deben ser pagados por las partes que intervienen en él"⁴.

De esta definición, se desprenden las notas características.

En primer lugar, se trata de gastos que tienen su origen en el proceso. No cualquier gasto procesal, encuadra en el concepto de "costas", sino solo aquellos gastos que son consecuencia inmediata y directa del proceso.

La doctrina distingue entre gastos necesarios, útiles y voluntarios. Los necesarios, son aquellos sin los cuales no puede sustanciarse o desenvolverse el proceso de un modo ventajoso para el litigante. Los útiles, son aquellos que, sin ser necesarios, han contribuido eficazmente al éxito del litigio. Los gastos voluntarios, en cambio, son los que se hacen sin necesidad o por simple comodidad de la parte, de manera que no

² Cfr. FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría General del Proceso*. Advocatus. 2º Edición. Tomo I. Córdoba. 2009. P. 13.

³ BARRIOS DE ANGELIS, D. *Teoría del proceso*, Depalma, Bs. As., 1979, Pp. 4, 5, 15 y 16. Citado por: FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. N° 1. P. 51

⁴ GUASP, *Derecho procesal civil*, T.I., pp. 565/574, citado por: LOUTAYF RANEA, R.G. *Condena en costas en el proceso civil*, ASTREA, Buenos Aires, 2000, p.1.

realizándolos no se pone en peligro la tutela jurisdiccional de los derechos⁵. Estos últimos quedarían excluidos del concepto de costas.

En segundo lugar, las costas constituyen gastos que deben ser erogados por las partes. Es decir, deben ser abonados por las personas humanas o jurídicas que intervienen en el proceso o instancia respectiva. Ello así, quedan excluidos los gastos que están a cargo del Estado⁶.

Quedan excluidos de la definición, los gastos derivados de otros daños producidos en el proceso a las partes, las sanciones procesales impuestas a los litigantes, gastos devengados en el proceso que no se encuentran a cargo de los contendientes y los gastos realizados en sede extrajudicial, salvo que sean necesarios y obligatorios para el inicio del juicio⁷.

Por el contrario, integran las costas: los gastos de mediación prejudicial obligatoria, los gastos de Tasa de Justicia, el aporte a la Caja de Abogados, los honorarios de los peritos oficiales y de los abogados intervinientes⁸.

II.- El origen de las costas judiciales

Para entender la naturaleza de la institución, debemos remontarnos a sus orígenes.⁹ Así, en las primeras épocas del Derecho Romano, no estaba previsto el reembolso de gastos del juicio, entre las partes contendientes. Por regla, cada parte debía soportar las costas causadas a su instancia, a no ser que alguna de ellas tuviera derecho a exigir las de un tercero, ajeno al pleito, pero responsable de él.

Con el tiempo, comenzaron a aplicarse ciertas penas procesales, que castigaban el vencimiento en juicio, en supuestos especiales, como era el caso de que el actor hubiera actuado con dolo. Posteriormente, se comenzó a implementar la imposición de costas, con un fin resarcitorio, solo en el caso de que el actor vencido hubiera actuado con temeridad¹⁰. Luego, aparece la imposición de costas para el demandado vencido en juicio, que ha actuado en forma temeraria (dolo).

Ulteriormente, las condenas del actor y del demandado, se confunden ya en la condena general del vencido, subordinada a la existencia de *temeritas* (dolo). Además, ya no se exige el ejercicio de una acción independiente del juicio principal, sino que queda condicionada a un pronunciamiento que debe hacer el juez en la sentencia respecto de la exigibilidad de las costas. Es en la última fase del desarrollo del derecho romano, se impone la máxima según la cual el vencido debe pagar necesariamente al vencedor los gastos y costas del juicio, con algunas excepciones determinadas en forma rigurosa¹¹.

⁵ Cfr. REIMUNDIN, R. *La condena en costas en el proceso civil*, 2º Ed., Zavalía, Buenos Aires, 1966, p.170.

⁶ Cfr. LOUTAYF RANEA, R.G. *Condena en costas en el proceso civil*, ASTREA, Buenos Aires, 2000, P.1-2.

⁷ V. gr. gastos derivados de la mediación judicial obligatoria, conforme lo dispone la ley art. 24 Ley 10.543; gastos de apertura de carpeta del art. 104 inc. 5 Ley 9459, que integran los honorarios del letrado del actor. Estos se reputan gastos necesarios para el inicio del juicio.

⁸ Conf. art. 130CPCC.

⁹ En este punto seguimos el desarrollo que propone Chiovenda.

¹⁰ Chiovenda aclara que se trata del "*improbis litigator*", litigante que actúa "con conciencia de la sinrazón", todos conceptos asimilables al dolo (Ver: CHIOVENDA, J. *La condena en costas*, Traducción de De La Puente y Quijano, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928. Pp. 75 y 76).

¹¹ Cfr. CHIOVENDA, J. Cit. N° 10. Pp.34, 51-53, 67-77,121-122.

Así, se evoluciona desde la regla de “no imposición de costas”, con algunas excepciones subjetivas, a la regla objetiva de la “imposición de costas al vencido”, también con algunas excepciones.

El paso a este tercer sistema, se verifica por la influencia de dos hechos concomitantes: la dificultad práctica de comprobar, en la mayor parte de los casos, la mala fe o culpa del litigante, y la idea que fue penetrando en el ánimo de los juristas de considerar los gastos del pleito o costas, como una disminución del derecho que debe resarcirse juntamente con el derecho declarado.¹²

El autor aclara que esta distinción, tenía también impacto en el contenido de la condena. Así, señala que en caso de *temeritas* o contumacia, es decir, cuando la condena en costas representaba una pena procesal, la obligación del condenado se extendía a todos los daños sufridos por el vencedor como resultado de la acción procesal temeraria. En caso de simple vencimiento, el vencido no estaba obligado más que al pago de las costas del juicio propiamente dichas¹³.

III.- El fundamento de las costas

Conforme lo analizado, a nivel histórico se ha evolucionado, desde una teoría basada en la idea de pena, a una teoría basada en la idea de resarcimiento.

Si bien Chiovenda niega que pueda hablarse de resarcimiento, en el caso de que se aplique la regla objetiva del vencimiento, se considera que ello es fruto de una concepción de la responsabilidad civil resarcitoria, de corte netamente subjetivista, condicionada a la idea de “culpa”, que desconoce que también puede haber responsabilidad, sobre la base de factores objetivos. Lo expuesto es entendible, atendiendo a la época en que está emplazada su obra y a las ideas predominantes en aquel tiempo (doctrina francesa e italiana).

No obstante ello, el doctrinario antes citado aclara luego, que en abstracto, la condena en costas es un resarcimiento que procede siempre que se declare judicialmente un derecho, y tiene el carácter de cosa accesorio al derecho declarado¹⁴.

1.- Teorías sobre el fundamento de las costas

Se han distinguido tres teorías, respecto del fundamento de la condena en costas: la teoría del resarcimiento, la teoría de la pena y la teoría del vencimiento. A nuestro juicio, la tesis del vencimiento, se inserta dentro de la teoría resarcitoria. Ello así, existen dos grandes teorías, con algunas variantes.

En primer término, se encuentra la teoría de la pena, que encuentra en la condena “una sanción punitiva para el litigante que obra dolosamente o de mala fe”¹⁵. Considera a la condena como una pena, no tanto de carácter privado por la violación consciente del derecho ajeno, cuanto de carácter público por el hecho de utilizar abusivamente del proceso con el mismo fin, o bien como “pena disciplinaria”, “sanción procesal inspirada en fines éticos”, “sanción de conducta procesal”¹⁶.

Se objeta a esta teoría, que deja fuera una multiplicidad de supuestos en los que aparece justa la condena en costas, a pesar de no existir el elemento subjetivo

¹² Cfr. CHIOVENDA. Cit. N° 10, P. 210.

¹³ CHIOVENDA, Cit. N° 10, P. 127.

¹⁴ CHIOVENDA, J. Cit. N° 10, P.232.

¹⁵ GUASP, Derecho procesal civil, t. I, P. 572, citado por: LOUTAYF RANEA, R. Cit. N°6. P.6.

¹⁶ REIMUNDIN, Cit N° 5, P.26-27.

requerido. Así, no explica en realidad el verdadero fundamento de la condena en costas, tal como la percibimos en la actualidad.

Por otro lado, la teoría del resarcimiento, entiende que la condena en costas importa un resarcimiento de los daños generados como consecuencia directa e inmediata del proceso. Ahora bien, existen dos vertientes. La primera, la teoría subjetiva, funda el resarcimiento en la idea de culpa o negligencia de los litigantes. Quien haya actuado con culpa o negligencia, tiene la obligación de resarcir a la parte contraria, por eso se lo condena al pago de las costas.

A esta teoría, se le achaca que puede haber casos en que el litigante haya actuado con buena fe y prudencia, y ello no siempre luce suficiente para eximir de costas al litigante. Además, no siempre podrá demostrarse la culpa o negligencia.

Dentro de esta línea, y como una hipótesis superadora, se ubica la teoría del vencimiento. Esta tesis no sustenta la imposición en elementos subjetivos (dolo o culpa), sino en el hecho objetivo del vencimiento, que estima razón suficiente para atribuir responsabilidad. Los autores han ubicado esta doctrina, como una teoría procesalista¹⁷. Así, se ha sostenido lo siguiente: “Dentro de la doctrina chiovendiana, la condena en costas del vencido importa la aplicación de un principio que pertenece al Derecho procesal, pues está determinado por razones procesales: ‘la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene razón’”¹⁸.

Es indudable la íntima conexión entre las costas y el proceso. En efecto, estas encuentran en el proceso mismo su razón de ser, y revisten notas particulares, que la ligan de manera indefectible al proceso. Ello así, por cuanto las costas surgen del proceso, se aplican por un acto procesal y su imposición está sujeta a criterios procesales (vencimiento, conducta de las partes)¹⁹.

Sin perjuicio de ello, si se observa bien, esta teoría no deja de considerar a la condena en costas como una reparación del daño emergente derivado del proceso. En efecto, procura el resarcimiento de los gastos provocados por el litigio. La diferencia radica en que utiliza otro factor para su atribución, de corte objetivo. Esta teoría, además, puede tener atenuaciones, que son excepciones que atienden a diversas causales, para eximir de costas. Se analizarán *infra*.

A partir de lo señalado, se concluye que la condena en costas, constituye, ante todo, una obligación de reparar daños, que tiene al proceso judicial como causa directa e inmediata. En efecto, se trata de procurar el reintegro de los gastos erogados como consecuencia del juicio.

Ahora bien, no se trata de una obligación resarcitoria común, sino que reviste algunas particularidades, que la distinguen de todas las demás.

Así, en cuanto a su extensión, sólo está destinada a resarcir aquellos gastos que tienen causa directa e inmediata en el proceso del cual derivan (daño emergente). Por otro lado, por regla, es impuesta de oficio por el juez, sin necesidad de petición de parte. La sentencia es título constitutivo para su ejecución, y además, participa de

¹⁷ Ver: LOUTAYF RANEA Cit. N° 6. P. 7, REIMUNDIN, Cit.N° 5 p. 28, CHIOVENDA, Cit.N°10, p.218.220, entre otros.

¹⁸REIMUNDIN, R. Cit, N° 5, p.29-30.

¹⁹CALDERÓN, M.R. *Condena en costas. Principio objetivo del vencimiento y vencimientos mutuos* en CALDERÓN M.R. (Director), *Costas judiciales en la provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2019. p.15-16.

los privilegios y demás ventajas que tenga el derecho que se ha declarado en el juicio principal que le dio origen.

Así, la tesis resarcitoria, no colisiona con las teorías procesalistas, sino que ambas miran aspectos diferentes. En efecto, en cuanto obligación de resarcir, se encuentra incursa en la estructura de las obligaciones resarcitorias, y comparte sus presupuestos constitutivos²⁰.

Así, debe existir daño: en este caso es un tipo particular de daño emergente. Por otro lado, la antijuridicidad deriva del hecho de haber desconocido un derecho o reclamado un derecho que no se ostenta. La relación de causalidad, por su parte, es la vinculación material entre el sujeto condenado al pago de las costas y el juicio promovido, que ha generado los gastos. El factor de atribución, que se configura a partir del hecho del vencimiento, y que es la razón axiológica para su imposición, salvo excepciones que se analizarán más adelante.

Ahora bien, en cuanto instituto procesal, las costas se generan en el marco de un juicio, la sentencia es título constitutivo de esta obligación, el juez tiene la potestad de imponerlas de oficio y su extensión está acotada a un rubro específico de gastos. Esto justifica que la materia deba ser regulada en los códigos procesales²¹.

IV.- Sistemas de regulación de las costas

Tres son los sistemas de regulación que existen en materia de costas judiciales. El primero, consiste en que cada litigante sufrague las costas generadas por su actuación el juicio, sin derecho a reembolso alguno. Es el sistema norteamericano (*American rule*). El segundo, consiste en que las costas sean soportadas en su totalidad por el vencido. Es el sistema inglés (*British Rule*). El tercero, en cambio, es un sistema "mixto", menos radical, en el que, se mantiene la regla del vencimiento, pero confiere poderes más o menos extensos a los jueces para morigerar su aplicación²². Este sistema es el que rige a nivel nacional (CPCCN), y en nuestra provincia (CPCC).

V.-Las costas en nuestro sistema

En nuestra provincia, así como en el sistema nacional²³, se adopta el principio general del vencimiento, aunque con algunas atenuaciones.

1.-El principio objetivo de la derrota

El art. 130 CPCC dispone: "La parte vencida será condenada al pago de las costas del juicio, aunque la contraria no lo haya solicitado, a menos que el tribunal encontrare mérito para eximirla total o parcialmente, debiendo, en este caso, fundar la resolución".

Nuestro ordenamiento toma como pauta general, el principio objetivo de la derrota. Significa que los gastos del proceso deberán ser asumidos por la parte que resultare vencida, independientemente de que sea actora o demandada. El sistema es objetivo, porque que prescinde de toda idea de culpa, ya que no se analiza la conducta de las

²⁰ En igual sentido: ZAVALA DE GONZÁLEZ. *Resarcimiento de daños*. Vol. 3. Hammurabi., Buenos Aires, 1993, P. 377

²¹ Calderón participa de esta postura: ver: CALDERÓN, M.R. Cit, N° 19, p.18.

²² LOUTAYF RANEA, R.G. Cit. N° 6, PP. 3-4.

²³ Ver: art. 68 CPCCN

partes, sino el mero acaecimiento de un hecho. Así, el que pierde, paga los costos del juicio.²⁴

Dicho principio, encuentra fundamento en el resarcimiento de los gastos provocados por el litigio. Así, la mentada pauta procura evitar que la necesidad de valerse de un proceso judicial para el esclarecimiento de los conflictos intersubjetivos, se traduzca en una merma patrimonial para aquél que a la postre ha resultado ganancioso; razón que a su vez determina que las costas causídicas deban ser soportadas por aquella parte cuya pretensión no ha merecido tutela por el proveimiento del juzgador.²⁵

Al tratarse de un criterio meramente objetivo, que se deriva del resultado del juicio, no es necesaria una fundamentación autónoma que sustente la imposición de costas²⁶. Por el contrario, en caso de apartamiento, deberá fundarse expresamente la decisión.

Por lo expuesto, tampoco requiere pedido expreso de parte, para que el tribunal se pronuncie sobre la imposición de costas, puesto que se trata de un imperativo legal, de inexcusable observancia por la magistratura.²⁷

Así, se ha sostenido que en caso de silencio sobre las costas, es decir, si no hubiere pronunciamiento expreso sobre la imposición, y no se formulare pedido de aclaratoria que salve la omisión, igualmente deben entenderse impuestas sobre la base del principio objetivo de la derrota.²⁸

A.- La noción de vencimiento

Se hace necesario dilucidar qué se entiende por vencimiento. Se ha definido que vencido es aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial, ya se trate del demandado contra quien se estima la demanda o bien del actor contra quien la demanda se declara infundada²⁹.

Así, la derrota depende del resultado obtenido en el proceso, en su consideración objetiva, es decir, de la diferencia entre lo pedido en la demanda y lo concedido en la sentencia.

Se ha señalado, además, que si bien el vencimiento presupone un pronunciamiento del juzgador que ponga fin al litigio, ya que se determina por el resultado del proceso, no requiere una efectiva oposición del adversario. No es necesario que exista una positiva lucha de opiniones, sino que basta que exista un conflicto de intereses entre dos partes antagónicas. Por tanto, habrá vencimiento aunque la parte condenada se encuentre rebelde o no haya contestado la demanda. Ahora bien, lo que sí se requiere, es que la parte vencida, haya tenido oportunidad de ser oída, en ejercicio de su derecho de defensa y tutela judicial efectiva (art. 18CN y 8 CADH)³⁰.

²⁴ DIAZ VILLASUSO, M. A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2013. P.395.

²⁵ TSJ Sala Civil y Comercial in re: "*Estructuras De Tucuman S.A. – Incidente De Revision En: Carem S.A. – Quiebra Propia – Rec. Directo – Recurso De Casacion*". S. 74 del 26.07.2005(Por unanimidad, votos de: Armando Segundo Andruet (h), Domingo Juan Sesín y María Esther Cafure de Battistelli).

²⁶ DIAZ VILLASUSO, Cit. N° 24. P.395.

²⁷ DIAZ VILLASUSO, Cit. N°24. P. 396.

²⁸ Ver: CSJN in re: "*Sensottera, Eduardo Javier c/EN – M° Seguridad – PFA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg*" A. del 23.08.2023. Reitera doctrina de fallos: 328:4504; 332:2657 y 334:396, entre otros.

²⁹ CHIOVENDA, N° 10. Pp. 314-315.

³⁰ VÉNICA, O.H. citado en: CALDERÓN, Cit. N°19, P.22.

Por otra parte, tampoco tienen incidencia los fundamentos que hubieran provocado el vencimiento, puesto que lo determinante es el resultado final del pleito³¹. Así, se ha expresado: “vencedor es quien gana el juicio en términos sustanciales, de modo que obtiene de la justicia el reconocimiento de su pretensión deducida en juicio. Vencido, es en cambio, la parte cuya pretensión no encontró tutela en la decisión.”³² Como regla, el principio examinado alcanza exclusivamente a las partes sustanciales del proceso. Sin perjuicio de ello, el ordenamiento admite, bajo ciertas circunstancias, la imposición de costas a otros sujetos procesales, pero ello obedece a otras razones, de tinte sancionatorio, por lo que no serán analizados en este trabajo (v. gr.: costas a los jueces – art. 135CPCC, al Ministerio Público y Asesores Letrados-art. 137 CPCC, abogados, peritos, en circunstancias excepcionales).

2.- Las excepciones

El principio esbozado no es absoluto, desde que admite excepciones. La regla del vencimiento se aplica, “a menos que el juez encontrare mérito para eximir la total o parcialmente”, en cuyo caso se debe fundar la resolución.

Se ha señalado que no se cumple con esta fundamentación, cuando se afirma dogmáticamente que “han existido razones para litigar” o se hace referencia a las “particularidades de la causa”. Es necesario que se expliciten acabadamente cuáles son las circunstancias objetivas que singularizan la causa y que ameritan apartarse de la regla general. Debe explicarse por qué, a pesar del vencimiento, corresponde liberar del pago de costas al litigante perdidoso³³

Asimismo, se ha explicado, que eximir de costas al vencido, significa que no procede condenarlo al pago de las costas del juicio. Ello no significa que se impongan las costas al vencedor, ni que el vencido queda liberado de la totalidad de las costas, sino solo que este último no debe pagar las costas correspondientes al vencedor. Cada parte, entonces debe soportar las costas que ha causado, y las comunes por mitades³⁴.

Al tratarse de supuestos excepcionales, su aplicación debe realizarse con un criterio restrictivo. Se ha destacado también, que el apartamiento del principio objetivo del vencimiento y la consiguiente exención de costas al vencido, se justifica sobre la base de circunstancias objetivas, y muy fundadas, que tornen manifiestamente injusta su imposición al perdedor en el caso particular.

Se advierte, sin embargo, que así esbozado, el criterio padece de vaguedad. En efecto, si bien se alude a que deben tenerse en cuenta cuestiones “objetivas”, no queda claro, finalmente, cuáles son los criterios para decidir la eximición.

La doctrina en general, acude al análisis de casos particulares, usualmente jurisprudenciales, para explicar las causales que justifican el apartamiento.

Lo expuesto me conduce a brindar algunas directrices para el análisis, a la luz de la estructura de la obligación resarcitoria.

Así, se estima que, en tanto se requiere la concurrencia de los cuatro presupuestos para la atribución de la responsabilidad, el apartamiento de la regla de la imposición de costas al vencido, deberá obedecer, indefectiblemente, a la constatación de algún obstáculo, en la configuración de alguno de los presupuestos requeridos para su

³¹ CALDERÓN, Cit. N° 19, P.21.

³² CALDERÓN Cit. N°19, P.20.

³³ DIAZ VILLASUSO, M.R. Cit. N° 24. Pp. 397-398.

³⁴ LOUTAYF RANEA, Cit N°6, P.75.

imposición al vencido. En concreto, serán obstáculos referidos a la relación de causalidad y a la antijuridicidad. Respecto del factor de atribución, en tanto es objetivo, solo cabría acreditar la ausencia de vencimiento. Respecto del daño, se parte de la base de que el proceso, por regla, genera gastos, por lo cual, queda fuera de discusión la existencia del daño.

A.- Causales vinculadas con la antijuridicidad. Este presupuesto está relacionado con la conducta desplegada por el vencido. En efecto, la antijuridicidad, se predica de aquella conducta que resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Por regla, la antijuridicidad se presume, a partir de la existencia del daño (art. 1717 CCCN), pero puede haber causas de justificación (art. 1718).

Una de ellas es la conocida "razón fundada para litigar". Se ha sostenido al respecto, que esta causal no se trata de una mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de la pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren un justificativo para eximirlo de costas³⁵.

Se ha señalado que la convicción fundada de obrar ajustado a derecho, significa que el argumento que porta la pretensión, lleve consigo una razonable causa para pedir la actividad jurisdiccional. De otra manera, la simple necesidad de acudir a los jueces no es suficiente para revertir la condena en costas³⁶.

Dentro de esta se incluyen una serie de hipótesis. Así, se alude como causal de eximición, a la existencia de doctrina o jurisprudencia contradictorias. Se trata de aquellos casos en que existen distintas ponderaciones jurisprudenciales sobre el tema o puntos sujetos a criterios divergentes. Se alude también a la divergencia jurisprudencial y doctrinaria sobre el tema debatido.

Asimismo, se ha dicho que la ausencia de previsión legislativa en torno al objeto de litigio, autoriza la eximición.

Otra causal es la existencia de una situación compleja o dificultosa, tanto desde lo fáctico como desde lo jurídico, que bien puede inducir a las partes a defender la posición sustentada en el juicio, creyendo en la legitimidad de su derecho, ya que de lo contrario implicaría un desaliento al ejercicio del derecho de defensa.³⁷

Se observa que en todas ellas, existe una causa de justificación de la conducta de la parte litigante, sobre la base de elementos objetivos (jurídicos o fácticos), que tornan su conducta justificada. Por esa razón, se considera que no es justo condenarla al pago de los gastos del juicio, cuando actuó dentro del límite del ejercicio regular de sus derechos.

B.- Causales vinculadas con la relación de causalidad y sus eximentes. Existen otras causales de eximición, referidas a la existencia de causa ajena (hecho de un tercero, de la contraparte, caso fortuito o fuerza mayor).

Así, se incluye como causal de eximición, la conducta de terceros, esto es, la litis se origina por el hecho de un tercero, respecto del cual, el demandado no tiene obligación de responder.

Otra causal relacionada con la causalidad es el caso de haberse tornado abstracta la cuestión, por circunstancias sobrevinientes. Se trata de casos en los cuales, una circunstancia ajena y sobreviniente, provoca que la cuestión se vuelva abstracta. Aquí, resulta claro que el resultado del pleito, se ha visto alterado por una causa que es inimputable a las partes.

³⁵ DIAZ VILLASUSO, Cit, N° 24, P.399.

³⁶ GOZAINI, O.A. *Costas procesales*, Ediar, Buenos Aires, vol. I, P. 233

³⁷ LOUTAYF RANEA, Cit. N°6, Pp.82-83.

Otro supuesto que está previsto expresamente en la ley, es el caso del allanamiento. En efecto, el código prevé en el art. 131 CPCC, que en el caso de que al contestar el traslado, la parte se hubiera allanado en forma real, incondicionada, total y efectiva las costas se impondrán por su orden, a menos que mediare mora o fuere culpable de la reclamación.

Entendemos que la norma refiere a aquellos casos en los que, no obstante, el vencimiento, la promoción del proceso, no es materialmente atribuible al sujeto, esto es, no guarda relación de causalidad con la conducta desplegada por el vencido. En estos casos, existirá una eximente referida al nexo de causalidad, que habilitará dispensar de costas al vencido.

Por esa razón, el ordenamiento procesal indica que el allanamiento, debe ser, total, efectivo, oportuno, real, pero además, debe tratarse de un sujeto que no se halle en mora, ni sea culpable de la reclamación. Entendemos que lo que interesa, en definitiva, es que la conducta desplegada por el sujeto, anterior al juicio, no haya tornado necesaria la iniciación del juicio. En ese caso, los gastos del juicio no son atribuibles al sujeto, por cuanto no ha sido la causa generadora del juicio. En este sentido, el análisis es objetivo e importa en definitiva la ruptura del nexo causal entre la conducta del sujeto vencido y el daño.

C.- Otros factores de eximición. La equidad. No obstante lo apuntado, a veces se ha resuelto la imposición de costas por su orden, en virtud de otros factores, como es la equidad. Ejemplo de ello, es el caso de eximición por existir parentesco entre las partes. En estos casos, existe obligación resarcitoria, pero se morigera, en virtud del principio de equidad (art. 1742CCCN).

3.- Vencimientos mutuos

El artículo 132 CPCC, dispone: “Si el resultado del pleito fuese parcialmente favorable a ambas partes, las costas se impondrán prudencialmente en relación con el éxito obtenido por cada una de ellas”.

En el supuesto en que se haga lugar parcialmente a la demanda, o lo que es lo mismo, que existan vencimientos parciales y mutuos, también se adopta el principio objetivo del vencimiento a los fines de la imposición de costas. Ahora bien, en estos casos existen dos vencedores y dos vencidos. Ello así, no opera un vencimiento total, verificable en abstracto, sino en concreto, y entonces debe dilucidarse cuidadosamente el alcance del vencimiento de cada contendiente.

Es decir, debe evaluarse el resultado del pleito, a los fines de determinar los grados de vencimiento. Ahora bien, se ha indicado, que este análisis debe hacerse a la luz de dos criterios: uno objetivo (éxito obtenido o proporción matemática) y uno subjetivo (prudencia del juzgador).

El cívico tribunal de provincia, ha señalado sobre el punto: “La correcta aplicación del art. 130 del C.P.C. no impone, frente a la procedencia parcial de la demanda, un obligado cálculo porcentual entre lo demandado y la condena. Pronunciarse “prudencialmente en relación con el éxito obtenido” requiere efectuar una evaluación del resultado del pleito que no se agota en una ecuación aritmética. Así, resulta legítimo priorizar como elemento primordial del “vencimiento” el desenlace del pleito sobre los extremos condicionantes del derecho invocado, más que sobre la mera cuantificación del crédito reclamado; o bien atribuir mayor significado a las cuestiones respecto de las cuales más intenso ha sido el debate y el consecuente desgaste jurisdiccional; o, en función de otros criterios razonables, cargar a uno u

otro de los litigantes con un porcentaje de las costas no necesariamente igual a la medida en que la demanda ha prosperado. Ello permite que la prudencia del Tribunal (...) altere el resultado numérico de comparar el monto demandado con la condena”³⁸ Este es el criterio que impera en la jurisprudencia y doctrina cordobesas. Ahora bien, definir los contornos se vuelve complejo, y debe realizarse sobre la base de la pretensión esgrimida y el análisis del caso en particular.

Trataremos a continuación, el juicio de daños y perjuicios, a los fines de determinar las posibles aplicaciones prácticas de este criterio.

VI.- La imposición de las costas en el juicio de daños y perjuicios

Tratándose de un juicio de daños y perjuicios, cuando la pretensión es acogida o rechazada en su totalidad, no hay mayores discusiones sobre el tema, y se aplica el principio general de la derrota, a menos que se encuentren razones para eximir de responsabilidad al vencido, conforme analizamos en forma precedente.

1.- Vencimientos mutuos. Ahora bien, el problema se suscita, cuando existen vencimientos parciales o mutuos. Así, se ha planteado una primera discusión, en torno a la aplicación de las costas en estos casos.

A.- Tesis de la asunción de costas totales por el demandado

Una corriente ha considerado que, en el juicio de daños y perjuicios, el demandado debe asumir las costas totales, aun cuando la pretensión no triunfe en su integridad. El fundamento de esta orientación radica en que estima que el principio de reparación integral, impone que las costas del procedimiento necesario para la declaración de la responsabilidad y para la fijación del monto de la reparación, sean a cargo del responsable³⁹. Esta teoría estima que el vencido siempre es el demandado, si la demanda prosperó al menos en un porcentaje, salvo casos de pluspetición inexcusable o existencia de concausalidad.

A nivel nacional, esta tesis tiene abundante abono, no así en nuestra provincia, en donde es criterio minoritario⁴⁰.

B.- Tesis de la atribución prudencial y circunstanciada

Según esta tesis, cuando la demanda no prospera en su totalidad, se distribuyen las costas de modo prudencial, sin tener en cuenta el criterio matemático o proporcional. Se toman en cuenta distintas circunstancias, como la dificultad probatoria, las razones del rechazo, entre otras⁴¹.

C.- Tesis de la distribución proporcional

Según esta teoría, en caso de vencimientos parciales recíprocos, las costas deben distribuirse entre las partes de acuerdo a la proporción de aquellos. Así, la medida del vencimiento se define comparando el resarcimiento demandado, con aquel motivo de condena, es decir, en función del objeto de la acción y no de su causa⁴².

Se estima que esta es la solución correcta. En efecto, las costas en los juicios de daños y perjuicios, deben imponerse, conforme los parámetros que se han analizado

³⁸TSJ Sala CyC in re: “Estructuras De Tucuman S.A. – Incidente De Revision En: Carem S.A. – Quiebra Propia – Rec. Directo – Recurso De Casacion”. S. 74 del 26.07.2005

³⁹ ORGAZ, citado por: ZAVALA DE GONZALEZ, Cit. N°20, P. 379-380.

⁴⁰ En Córdoba: Cám. 3° Civ y Com. In re: “Romagnoli, F.J. y otro c/Robledo, C.G. y otro – Ordinario – Daños y perj. – Accidente de tránsito”. S. 52. Del. 06.05.2021; Cám. 7° Civ. y Com. In re: “Bellotti, M.F. c/Intercórdoba S.A. –Ordinario – Daños y perj.-Accidente de tránsito” S. 27. Del 05.05.2020, por citar algunos.

⁴¹ ZAVALA DE GONZALEZ, Cit. N°20. Tomo III. P. 384.

⁴² ZAVALA DE GONZALEZ, Cit. N°20 P. 386.

precedentemente, que rigen para todas las categorías de juicios. Así, en el caso en que el resultado del pleito fuese parcialmente favorable a ambas partes, sea porque se reciben algunos rubros, o porque se admiten por montos inferiores a los pedidos, o sea debido a que se declara la responsabilidad concurrente, las costas, igualmente, se deben imponer prudencialmente sobre la base del éxito obtenido.⁴³

Se ha dicho que por aplicación de esta doctrina, no es viable el razonamiento de algunos litigantes (y jueces), en el sentido de que debe fraccionarse entre el “hecho”, “culpa”, “daño”, para postular que cada uno de estos presupuestos equivale a un tercio de las costas⁴⁴. Ello por cuanto, se trata en definitiva, de una única pretensión resarcitoria que debe analizarse sobre la base de lo concedido en sentencia, y no compartimentarse⁴⁵.

Compartimos la opinión que entiende que, esta distribución proporcional no implica desconocer el principio de reparación integral, por cuanto el actor tiene derecho a ser resarcido de los gastos del proceso, solo en tanto y en cuanto se conecten causalmente con la parte de la pretensión que se le reconoce, y el demandado también tiene derecho resarcitorio por los gastos necesarios para su defensa, en la proporción en que esa defensa ha sido declarada legítima⁴⁶.

Puede suceder, que por aplicación de este criterio, la deuda por costas absorba total o parcialmente la indemnización a la que tiene derecho el actor. Este hecho, si bien luce *prima facie* injusto, en realidad, deriva de la propia conducta de la parte demandante, que introdujo un planteo excesivo o inexacto, por lo cual, luciría injusto cargar al demandado, con los gastos que derivan de tal conducta. No obstante ello, se aprecia que en muchos casos, este resultado no querido se puede evitar, si se analiza correctamente el alcance del “vencimiento”, de cada parte, conforme con los criterios que a continuación se esbozan.

2.- Criterios para dilucidar el vencimiento

Ahora bien, a la hora de dilucidar el alcance de los vencimientos, se hace preciso tener en cuenta ciertos criterios que orientan en tal elucidación.

A.- Rubros cuya cuantía se ha sujetado “a lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse”, o “al prudente arbitrio judicial”

Es habitual, que algunos rubros se cuantifiquen en forma provisional en la demanda, por imperio del art. 175 CPCC, pero se deje supeditado su importe final, a lo que surja de la prueba a rendirse. Son casos en los que, por la experticia que se requiere para su correcta cuantificación, es necesario acudir a las pruebas periciales o probanzas de otra índole, en orden a determinar el *quantum* definitivo (v. gr. lucro cesante derivado de incapacidad psicofísica permanente).

En estos casos, en principio, por aplicación de lo dispuesto, no cabría reputar como perdedor al actor, cuyo rubro ha procedido en menos de lo solicitado, si lo sujetó a

⁴³ DIAZ VILLASUSO, Cit. N°24, P. 436.

⁴⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Cit N° 20, P. 389

⁴⁵ Se ha señalado que este criterio se debe aplicar, con mayor razón en los casos en que las regulaciones de honorarios deben practicarse sobre el valor de la pretensión motivo de demanda, y no en atención al resultado del pleito, ya que en estos casos, de no aplicarse la distribución proporcional de costas, resultaría que el demandado estaría abonando las costas relativas a la parte de la pretensión que no prosperó (Cfr. VÉNICA, citado por ZAVALA DE GONZALEZ, Cit. N° 20 P. 390). En nuestro sistema, los honorarios del abogado del demandado, toman como base un porcentaje de los montos reclamados en demanda, en caso de acogimiento parcial (ver art. 31 Ley 9459):

⁴⁶ ZAVALA DE GONZALEZ, Cit.20 P. 392

tal parámetro. Ello así, no correspondería imposición de costas al actor, cuyo rubro procedió en una suma menor a la solicitada, si lo sujetó a la fórmula indicada.

Ahora bien, este criterio debe ponderarse con razonabilidad, procurando que no importe un ejercicio abusivo del derecho (conf. art. 10 CCCN). Así, se ha sostenido, que la fórmula “o lo que en más o en menos resulte de la prueba”, permite una cierta flexibilidad, amparada en el sentido común y en la complejidad técnica de los cálculos, que procura resguardar al actor, en aquellos casos en que la indemnización sufre una alteración cuantitativa leve (hacia arriba o abajo), en virtud de la prueba rendida (pericias, recibos, etc.), pero no cuando procede solo en una pequeñísima parte⁴⁷. Por lo cual, se estima que debe analizarse con un criterio que atienda a la razonabilidad de lo pedido, atendiendo a lo que, conforme con las reglas de la experiencia, era razonable que se pudiera pedir en más, y lo que exceda de ese número, cabe reputarlo como vencimiento.

Por otro lado, hay casos en que se solicita la reparación de rubros, cuya determinación cuantitativa se encuentra en definitiva sujeta al prudente arbitrio judicial, o que permiten un amplio grado de discrecionalidad del magistrado (v. gr. daño moral). En estos casos, también se ha entendido, que no corresponde imponer costa alguna al actor, derivado de lo que haya solicitado de más, en atención a la discrecionalidad que admite. Ahora bien, esto debe analizarse también, sobre la base de las mismas consideraciones que se han realizado anteriormente. Es decir, en principio, estará exento de costas el actor que solicitó una suma mayor a la concedida. No obstante ello, si en algún caso, se advirtiera que el importe demandado ha sido excesivo, y no guarda relación alguna con lo concedido, admitiría considerarlo como un vencimiento parcial.

B.- Existencia de concausalidad o concurrencia de causas entre actor y demandado

Este supuesto también requiere un abordaje particular. En efecto, si bien existe acuerdo en general, en relación a que en estos supuestos procede la distribución de costas, no existe total acuerdo respecto del modo de efectuarla.

Así, un primer criterio, que es el predominante, sostiene que deben distribuirse las costas en la misma medida proporcional en que se imputa al actor y al demandado la responsabilidad, salvo causal fundada para eximirlo⁴⁸.

Conforme con otro criterio, en caso de concurrencia de causas, las costas deben distribuirse por su orden, es decir, cada parte debe contribuir con sus propios gastos. A esta postura se le critica, entre otras cosas, que no siempre la concurrencia es en partes iguales, por lo cual, las costas por su orden no lucirían justas en esas hipótesis.

Por otro lado, puede que exista concurrencia en partes iguales, pero que luego la sentencia proceda por un porcentaje menor, por haberse rechazado ciertos rubros. En esos casos no luciría justo distribuir las costas por su orden.⁴⁹

Por lo expuesto, se considera que la solución más justa y adecuada es la que aplica la regla general del art. 132 CPCC, con las salvedades expresadas al tratar el punto.

⁴⁷ Ver: Cám. 2° Civ. Com. Cba, in re: “Medrano, Cecilia c/González, Juan De Dios – Abreviado – Daños y Perjuicios – Trámite Oral”. S. 6 de 16.02.2023.

⁴⁸ TSJ in re: “Coniferal S.A. C/ Huespe Elías Y Otro, Ordinario, Recurso De Casación” S. 42. Del 19.04.2005.

⁴⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Cit. N°20 P.404-405.

C.- Acumulación de pretensiones

En el caso de que se acumulen dos pretensiones, se estima que debe analizarse el éxito de cada una de ellas, y distribuir las costas en esa proporción, conforme el art. 132CPCC. En este sentido, resulta algo habitual, que en una misma demanda, se acumule una pretensión contractual (v. gr. resolución por incumplimiento) y otra resarcitoria accesoria a esta (daños derivados del incumplimiento). En estos casos, cabe analizar el éxito obtenido en cada una de ellas, y resolver la imposición de costas, teniendo en cuenta el éxito obtenido en ambas pretensiones. Sobre todo, teniendo en cuenta que la base económica para las costas, se calcula tomando en cuenta la totalidad de los valores económicos del litigio, y no únicamente el de una sola de ellas.⁵⁰

D.- Distribución de costas entre litisconsortes

Otra cuestión que merece especial tratamiento, es el de litisconsorcio. Así, en el caso de que fueran gananciosos, la cuestión no merece mayor tratamiento, atento a que la contraria deberá afrontar las costas devengadas, claro, en la medida de cada litisconsorte. Ahora bien, la cuestión se plantea, cuando estos son vencidos.

1.- Litis consorcio activo.

a.-Facultativo: si fuere facultativo, atendiendo a que cada uno de ellos actúa de manera autónoma, si la sentencia desestima la demanda respecto de uno y la considera procedente respecto de otro, cada decisión debe llevar su propia condena en costas. Se ha señalado que ello emana de la regla del art. 132CPCC.⁵¹

b.-Necesario: si se tratara de un litisconsorcio necesario, al existir una única pretensión, que por ello deviene indivisible, la sentencia solo puede tener un único contenido respecto de todos los litisconsortes, por lo que no cabe que algunos resulten vencedores y otros vencidos, sin perjuicio de alguna causal de exoneración particular de costas.

Ahora bien, independientemente de ello, si la condena fuera total en contra de todos los litisconsortes, los gastos, por regla, se dividen entre los litisconsortes y cada uno es individualmente responsable por el pago de su fracción reclamada, salvo que la obligación controvertida en el proceso sea solidaria, en cuyo caso el accesorio de costas participa de igual naturaleza.⁵²

Ello por cuanto, rigen al respecto las normas atinentes a la solidaridad y mancomunación del Código Civil, que establecen que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación (art. 828CCCN)⁵³.

2.- Litis consorcio pasivo.

Tratándose de un juicio de daños, en el que la actora demandó a varios sujetos, si la pretensión fuera admitida contra uno solo de los sindicados como responsables, ello

⁵⁰ Es la postura que sostiene ZAVALA DE GONZALEZ, Cit.Nº 20 P. 409.

⁵¹ DIAZ VILLASUSO, Cit. Nº24. P. 401-402.

⁵² DIAZ VILLASUSO, Cit. Nº 24, P. 402.

⁵³ No obstante lo apuntado, el Código Arancelario de Abogados y Procuradores, establece en su art. 14, que "La obligación de pagar honorarios por gestión profesional, en principio, pesa solidariamente sobre todos los condenados en costas u obligados al pago, aún tratándose de litis consortes. Si se tratare de responsabilidad simplemente mancomunada, la resolución así debe determinarlo fijando las proporciones".

no significará, que en todos los casos, la accionante deba afrontar las costas del demandado victorioso, que en definitiva resultó absuelto.

Al respecto, cabe tener en cuenta que cuando se demanda el resarcimiento de un daño originado a raíz de un hecho, en el que han intervenido varios sujetos y frente a la cual el actor ha sido completamente ajeno, la doctrina ha dicho que en estos casos la víctima (damnificado) puede optar por demandar a todos o solo a alguno de los coautores, debiendo los accionados acreditar la completa ruptura del nexo causal, caso contrario, de existir algún grado de responsabilidad en la causación del siniestro, responden de manera concurrente, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan.

Este criterio fue recogido en el Código vigente, quien en el art. 1751 CCCN establece: “Pluralidad de responsables. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes”

Así se ha expresado: “El hecho concausal de tercero carece, frente a la víctima, de toda relevancia eximitoria⁵⁴.

También se ha dicho: “La víctima puede asimismo ignorar la mecánica de la producción del hecho; por ese motivo parece justo acoger la pretensión resarcitoria contra todos o cualquiera de sus coautores, postergando la determinación del grado de sus protagonismos respectivos para el ejercicio de sus acciones regresivas entre estos(...) Por eso, el demandado no puede invocar el hecho culpable o riesgoso de un tercero si no ha roto propiamente el nexo causal aquél imputable sino que ambos han contribuido a la causación del daño”⁵⁵

Siendo ello así, resulta claro que, en caso de que se absuelva a alguno de los demandados que participaron de este hecho, no corresponde se impongan las costas al actor perdidoso, puesto que ha existido “razón fundada para litigar”. Salvo, claro está, que la víctima supiera desde el inicio quién era el verdadero responsable, y no obstante ello, demandó al litisconsorte absuelto.

Ahora bien, se plantea el interrogante de cómo distribuir las costas en este supuesto. Para una posición, cabría distribuir las costas por el orden causado. Ello así, por cuanto no luce justo que el litigante vencido asuma las costas por la demanda dirigida contra el litigante victorioso, puesto que no existe a su respecto nexo adecuado de causalidad con dichos gastos⁵⁶

Otra posición, estima que cabe imponer las costas al que ha resultado exclusivo responsable del hecho lesivo. Zavala de González adhiere a esta opinión por cuanto considera que esta es una vicisitud, cuya única causa ha sido la falta de reconocimiento del derecho por parte del verdadero responsable, lo que ha conducido al actor a tener que litigar. Al no poder determinar el actor, *prima facie*, quién era el verdadero responsable, no luce justo imponerle costas a su respecto. Tampoco aparece justo imponer costas al litigante victorioso. Ello así, lo más acorde es imponer las costas al responsable del juicio. Por otro lado, la autora añade que, si las costas se impusieran por su orden, entre actor y demandado victorioso, a

⁵⁴PIZARRO, R. D. *Tratado de la Responsabilidad Objetiva*, Buenos Aires. La Ley 2015. Tomo I. P. 701

⁵⁵ZAVALA DE GONZÁLEZ, Cit.Nº 20, Pp. 298-299.

⁵⁶ Conf. Cám. 4º Civil y Comercial Cba. Voto de la minoría in re: “*Tomaselli Oscar c/Elbio Mercado*” S. 146 del 16.12.1986. Es la postura que sostiene DIAZ VILLASUSO, en la obra citada, pp. 403.

ambos les asistiría una acción de repetición contra el demandado vencido, por cuanto ha sido el que ha generado la sustanciación del proceso⁵⁷.

Una postura intermedia, estima que cabe imponer costas al demandado responsable, en casos en que de alguna manera el codemandado absuelto indujo al actor a demandar al primero. Este argumento se utiliza también en los casos del rechazo de la citación en garantía, cuando el demandado ha denunciado estar asegurado ante una compañía, y luego se acredita la declinación de cobertura⁵⁸.

Se estima que la cuestión admite sus matices, y habrá que analizar las circunstancias del caso concreto, para determinar cómo distribuir las, si por su orden o al codemandado vencido.

3.- Intervención del tercero citado

En casos de un tercero citado por el demandado, que no resulte condenado, se plantea el interrogante acerca de a quién corresponde imponer las costas derivadas de la intervención de este tercero.

Así, si el demandado es condenado, y la citación ha sido infundada, las costas se imponen al demandado citante.

Si por el contrario, el demandado ha sido condenado y la citación luce fundada (a los efectos de una acción regresiva ulterior), una postura distribuye las costas entre actor y demandado, si el actor no se opuso a la citación.

Otra posición estima que es el demandado el que debe solventar esas costas, atendiendo a que la citación ha sido en su beneficio.

Por el contrario, si la demanda es rechazada, la cuestión cambia. En estos casos, en principio, el actor debería cargar con las costas de dicha citación. En efecto, este ha sido el causante mediato de la intervención del tercero, con la promoción del juicio.

Ahora bien, si la demanda se rechazare, por cuanto se demuestra que el tercero es el exclusivo responsable del hecho, una postura entiende que cabe imponer las costas al propio tercero⁵⁹.

4.- Aseguradora citada en garantía

En este caso, en principio, si la citación del tercero es admitida, las costas integran la indemnidad que el asegurador debe al asegurado. Ahora bien, para que las costas integren esta indemnidad, se requiere que estas sean necesarias y solo son exigibles en la proporción en que la aseguradora debe indemnizar los daños. Además, si se pactó una limitación a la suma asegurada y la indemnización debida resulta superior, el asegurador deberá las costas en forma proporcional a la medida de la indemnización convenida, desde que la sentencia es ejecutable en su contra en la medida del seguro.

Así, si se condena al demandado y se extiende la condena a la aseguradora, la obligación de la aseguradora es concurrente con la del demandado asegurado.

La aseguradora debe asumir la dirección técnica del proceso, si ello no se hiciera, el asegurado podrá repetir los gastos contra la aseguradora. Ello así, a menos que haya sido el propio demandado el que incumplió la carga de entregar la dirección del proceso a la aseguradora, puesto que aquí los gastos se reputan innecesarios. Ahora bien, en caso de conflicto de intereses entre asegurado y aseguradora (v. gr. discusión sobre el límite de cobertura), aquí estos gastos se tornan necesarios y nuevamente es a cargo de la aseguradora, solventar estos gastos.

⁵⁷ ZAVALA DE GONZALEZ. Cit. N°20. P. 430.

⁵⁸ Cfr. ZAVALA DE GONZALEZ. Cit. N° 20, Pp. 426-427.

⁵⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Cit. N° 20, 436-439.

VII.- La limitación del art. 730 Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

El art. 730 CCCN (ex art. 505 CC), establece en su último párrafo: “Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas”

El Tribunal Superior de Justicia, se ha expedido en cuanto a su alcance, y ha señalado que la norma importa una limitación a la responsabilidad del deudor frente a la obligación de reembolso de los gastos que ha debido afrontar el vencedor para defender su derecho. Así, el juez debe practicar la regulación de honorarios conforme a las leyes arancelarias o usos locales y es sólo al liquidar la deuda que, si el total de las costas supera el 25% de la prestación que es objeto de condena, computará el prorrateo necesario para ajustar la condenación en costas a ese límite.⁶⁰ De lo expuesto se deduce que el planteo de inconstitucionalidad, debe ejercitarse, en la etapa de ejecución de la sentencia y no antes.

Asimismo, nuestro máximo tribunal nacional ha señalado que, en principio, la limitación de responsabilidad, respecto al condenado en costas, no deviene inconstitucional. Así, sostuvo que constituye un régimen especial en principio válido, siempre que el criterio de distinción adoptado no sea arbitrario, es decir, que obedezca a fines propios de la competencia del Congreso y no adolezca de inequidad manifiesta.

Por lo expuesto, estimó que la limitación, se manifiesta como uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, asegurando “la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos”. La elección entre ese u otros medios posibles y conducentes para tales objetivos, constituye una cuestión que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está reservada al Congreso⁶¹.

Ahora bien en materia de honorarios, nuestro Tribunal Superior de Justicia, en un pronunciamiento reciente, ha declarado la inconstitucionalidad de la normativa en el caso particular, por entender que en el caso, la limitación implicaba trastocar la finalidad misma del proceso judicial, frustrando el efectivo acceso a la jurisdicción (art. 18 C.N.), y atentaba contra el derecho de propiedad del vencedor en juicio (art. 17, ib.), al afectar en forma excesiva, irrazonable y desproporcionada la integralidad

⁶⁰ TSJ en pleno, in re: “*Montoya Jaramillo Nelson C/ Federación Agraria Arg. - Soc. Coop. De Seguros Ltda. - Ejecutivo Especial - Rec. De Inconstitucionalidad*”. S. 151 del 29.12.1999.

⁶¹ CSJN in re: “*Abdurraman, Martín c/ Transportes Línea 104 S.A. s/ accidente ley 9688*”. 05.05.2009. Tesitura reiterada luego en: “*Latino, Sandra Marcela c/ Sancor Coop. de Seg. Ltda. y otros - Daños y Perjuicios*”, 11/07/2019 y en “*Peña, Juan Carlos c/ Consolidar Art. S.A. y otros/accidente - acción civil*”, 19/2/15, que puede consultarse en www.csjn.gov.ar).

de un crédito ya reconocido en un pronunciamiento judicial. Asimismo, resaltó que la acreencia cuya ejecución se perseguía revestía naturaleza alimentaria, pues se trataba de honorarios regulados en beneficio del actor, por su labor como perito oficial en un juicio de desalojo (ver fs. 3/12 vta.). Con lo cual, de tener que afrontar la mayor parte de las costas impuestas a la contraria, se configuraría una clara afectación al derecho a la justa retribución del trabajo (art. 14 bis, C.N.).⁶²

Ello así, para la declaración de inconstitucionalidad de la limitación, habrá que analizar, si en el caso concreto, este tope implica una limitación de corte confiscatorio que vulnera el derecho de reparación integral, en los términos del art. 28 CN, o si el tope se encuentra dentro de los límites constitucionales (art. 14CN).

VIII.- Exenciones en regímenes especiales

Por razones de extensión, no se ha podido tratar en este trabajo lo atinente al beneficio de gratuidad del que goza el consumidor, previsto en el art. 53 de la Ley 24.240 y al Beneficio de Litigar Sin Gastos. Ambos son institutos que merecen un tratamiento autónomo y detallado. Baste decir, que configuran supuestos de exenciones al pago de las costas del juicio, basadas en situaciones particulares del sujeto involucrado (categoría de consumidor, imposibilidad patrimonial para afrontar las costas del juicio).

IX.- Conclusión

Se ha pretendido con el presente trabajo, analizar el instituto de las costas judiciales, conforme con la regulación actual. Así, se ha realizado una breve reseña histórica, luego se han examinado los fundamentos de la institución, su contenido y alcance.

A partir de allí, se han analizado los principios generales aplicables y sus excepciones. A continuación, se ha procurado tratar aquellos casos más problemáticos relativos a las costas en los juicios de daños y perjuicios.

Al ser una materia tan amplia, un estudio exhaustivo demandaría una extensión mucho mayor, por esa razón, el análisis se ha circunscripto a la regla general y sus excepciones, a fin de brindar profundidad a lo tratado. El objetivo ha sido volver a la raíz del instituto, en orden a poder juzgar los casos concretos de la actividad diaria de los operadores jurídicos, con mayor luz y claridad.

X.- Bibliografía

ARAZI, R. y ROJAS, J. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015. Tomo II.

BARRIOS DE ANGELIS, D. *Teoría del proceso*, Depalma, Bs. As., 1979,

CALDERÓN M.R. -Director-, *Costas judiciales en la provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2019.

CHIOVENDA, J. *La condena en costas*, Traducción de De La Puente y Quijano, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

⁶² TSJ en pleno, in re "Lagorio, Jorge Alberto C/Demicheli, Federico Osvaldo Y Otro - Ejecutivo - Cobro De Honorarios - Recurso De Inconstitucionalidad - Expte. 7106838", Auto .75 del 26.04.2022

DIAZ VILLASUSO, M. A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Advocatus, Córdoba, 2013.

FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría General del Proceso*. Advocatus. 2º Edición. Tomo I. Córdoba. 2009.

GOZAINI, O.A. *Costas procesales*, Ediar, Buenos Aires, vol. I.

GUASP, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos. España. 1977. T.I.

LOUTAYF RANEA, R.G. *Condena en costas en el proceso civil*, ASTREA, Buenos Aires, 2000.

MÁRQUEZ, J.F.-Director-, *Accidentes de tránsito*, Toledo, Córdoba, 2022.

PALACIO, L.E. *Derecho Procesal Civil*, 4º Ed. actualizada por Carlos Enrique Camps, Abeledo Perrot, CABA, 2017.

PIZARRO, R. D. *Tratado de la Responsabilidad Objetiva*, Buenos Aires. La Ley 2015. Tomo I.

REIMUNDIN, R. *La condena en costas en el proceso civil*, 2º Ed., Zavalía, Buenos Aires, 1966.

VENICA, O.H. *Pretensión que prospera parcialmente: costas y honorarios*. Doctrina. La Ley. Córdoba, 1987.

ZAVALA DE GONZÁLEZ. *Resarcimiento de daños*. Vol. 3. Hammurabi., Buenos Aires, 1993.

Incidencia causal del titular de establecimientos educativos por casos de “bullying”. Poder de vigilancia y responsabilidad de los padres. Nota a fallo.

Por Ignacio Augusto Croce¹

Sumario: I.- El caso. II.- Consideraciones preliminares. II.a.- Índole de la responsabilidad. II.b.- Establecimientos alcanzados. Factor de atribución. III.- Abordaje sobre el bullying. IV.- Incidencia causal del Establecimiento Educativo. IV. a.- Concepto. IV. b.- Aporte causal del titular del establecimiento educativo. V.- Cuestiones procesales probatorias referidas al bullying. VI.- Situación del seguro obligatorio. VI.a.- Generalidades. VI.b.- Improcedencia de la exclusión. VII.- Responsabilidad concurrente de los padres. VII.a.- Advertencia metodológica. VII.b.- Nuestra opinión ante supuestos de acoso escolar. VIII.- Conclusión. IX.- Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito incursionar en el análisis del aporte causal de un establecimiento educativo, en casos que están por fuera de los supuestos típicos por los cuales se configura el deber de responder (v.gr. lesiones en actividades recreativas o deportivas; quemaduras en clases de Química; riñas entre alumnos). Se analizará en cambio, la responsabilidad que tiene un centro educativo frente a hechos de acoso escolar físicos y psíquicos, denominados comúnmente como “bullying”. Para ello comentaremos un interesante precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda de Mar del Plata, Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.

Abstract: The presently work's purpose is to venture into the analysis of the causal contribution of an educational establishment, in cases that are outside the typical assumptions by which the duty to respond is configured (e.g. injuries in recreational or sports activities; burns in chemistry classes; fights between students). Instead, responsibility that a school or college has in the face of physical and psychological injuries by school harassment, commonly known as “bullying,” will be analyzed. To do this, we going to comment on an interesting precedent from the Court of

¹Abogado (UNC). Escribano (UES21). Egresado Sobresaliente año 2021 (UNC). Cuadro de Honor año 2020 (UNC). Asistente de Magistrado en Juzg. Civil y Comercial de 1º Inst. (Poder Judicial de Córdoba). Adscripto en la Cátedra de Derecho Privado VII - Derecho de Daños- (UNC).

Palabras clave:

Establecimiento educativo - relación de causalidad - acoso escolar - responsabilidad objetiva.

Keywords: school/college - causation in fact/proximate cause - bullying - strict liability.

Appeals for Civil and Commercial Matters, Second Chamber of Mar del Plata, Buenos Aires' state.

I.- El caso

En los autos “G. S. L. D. c/ Enseñanza Integral S.R.L. y Ot. s/ Daños y Perjuicios”, la situación que dio origen al caso bajo análisis se inició cuando una niña de 13 años que asistía a una institución educativa privada, comenzó a sufrir maltrato por parte de distintos compañeros de curso, incluyendo desde agresiones, insultos, intimidaciones y hasta violencia física traducida en empujones en los recreos, humillaciones dentro y fuera de clases. Se acreditó además, que hubo ultrajes físicos varios (ej.: trabas para que se tropezara; le escribían con un marcador en su ropa; le colocaban chicle en el pelo; derramaban gaseosa en su cabeza) y que la excluían de los círculos sociales. Esta situación estresante, desencadenó luego un cuadro de convulsiones.

La demandada, a su turno, negó los hechos y afirmó que la angustia de la actora se debió a la situación familiar que vivía y que las convulsiones no tenían origen emocional genético, esgrimiendo a su vez, que: (i) se encontraban en juego puestos laborales en caso de una sentencia condenatoria; y (ii) como institución, habían tomado todas las medidas necesarias a fin de pacificar la convivencia escolar - basándose en protocolos de actuación-, y que no estaban anoticiados específicamente, de la situación de acoso sufrida por la víctima.

La Cámara de Apelaciones juzgó plenamente responsable al establecimiento educativo, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia que había atribuido a la demandada en un cincuenta por ciento (50%) de responsabilidad por considerar que operó una concausa consistente en el “cuadro epiléptico y personalidad de base” de la víctima. Entendió el Tribunal, que el estrés sufrido por la actora como consecuencia del bullying del cual fue víctima, operó como el disparador o desencadenante de una patología crónica que hasta ese momento no reconocía antecedente alguno. Paralelamente rechazó la defensa de no-seguro esgrimido por la citada en garantía.

II.- Consideraciones preliminares

II.a. Índole de la responsabilidad

Conforme el actual Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) “*El titular de un establecimiento educativo responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito...*”. Puede apreciarse entonces, una severa responsabilidad objetiva del titular del establecimiento educativo no superior ni universitario, por daños causados o sufridos por alumnos menores.

Pesa sobre el propietario del establecimiento educativo (titular del fondo de comercio o de la unidad empresarial) una obligación de seguridad agravada, cuyo objeto consiste en mantener a los alumnos en las mismas condiciones de indemnidad en la que fueron depositados dentro de su órbita por los padres. Ella se asienta en el factor “riesgo”, más precisamente el “riesgo empresa”, toda vez que, tratándose de espacios donde confluye un alto número de adolescentes en etapa de formación de su intelecto y control de sus acciones, es lógico que existan mayores posibilidades de producirse hechos lesivos.

Quedan comprendidos los supuestos en que se imparte enseñanza a un menor de dieciocho años, mediante una estructura que implique despliegue de autoridad. Dicha autoridad -describe Zavala de González- excede la noción de instrucciones o directivas docentes; presupone poder de mando que implica *control de conductas* de educandos menores, a fin de que no dañen ni se dañen¹. Ejercer el control de una conducta significa la promesa de un resultado final; que esa conducta, así vigilada de manera activa, sea inocua o se ejerza sin dañosidad; es también una obligación de seguridad o garantía, de la cual la empresa es deudora y que violada origina una responsabilidad objetiva².

En mi opinión, la idea del control en la que se asienta la responsabilidad del establecimiento educativo, se vincula con la posibilidad de “moldear” y “corregir” patrones de conducta que poseen los menores y que pueden resultar nocivos para terceros, en especial para sus propios pares. Es ahí donde se engarza el fenómeno del bullying. No se trata del típico deber de prevención para que los alumnos no se golpeen o no se (auto) lesionen durante el ámbito escolar, sino que el foco estará puesto en algo mucho más sutil y difícil de controlar: conductas silenciosas incluso ocultas a la vista de los docentes, que muchas veces vienen preformadas desde el hogar, dirigidas a menoscabar psíquicamente a compañeros de cursado.

II.b.- Establecimientos alcanzados. Factor de atribución

La norma del art. 1767 CCyC responsabiliza a titulares de establecimiento educativos, sin limitarse a instituciones de enseñanza inicial, primaria y secundaria. Pero aquí cabe formularnos los siguientes interrogantes ¿Los establecimientos abarcados son sólo los enunciados por la ley de Educación Nacional 26.206? ¿Qué ocurre con los establecimientos de gestión estatal? Iremos respondiendo a estos interrogantes.

Pizarro se inclina por un criterio amplio, que contemple a todos los supuestos en los cuales la enseñanza impartida a menores a través de una organización privada de índole empresarial o estatal, caracterizada por el control de una autoridad, están o no encuadradas de la Ley de Educación Nacional 26.206. Aduce en sustento a esta conclusión, el hecho de que el intérprete no puede establecer limitaciones allí donde no las ha formulado el legislador, tanto más cuando ellas conducen a desproteger a las víctimas. Quedarían englobados no sólo los establecimientos de nivel inicial, primario y secundario -colegios o instituciones equivalentes- sino también los institutos organizados bajo forma de empresa que tienen un fondo de comercio y una dirección, en los cuales se imparta algún tipo de instrucción cualquiera sea su contenido (v.gr. academias de idiomas, de música o de danza)³.

A su vez, Zavala de González agrega también a los institutos de aprendizaje para discapacitados, cuyas falencias físicas o mentales los exponen a serios riesgos. Y en cuanto a las guarderías, previene esta autora que la solución requiere determinar si constituyen establecimientos educativos o, de manera más circunscripta, destinados a custodia y vigilancia de los menores⁴.

¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE y GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2019, Tomo IV, pág. 196.

² MOSSET ITURRASPE JORGE y PIEDECASAS MIGUEL A. *Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial de la Nación: responsabilidad de la empresa*. 1ed., Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2017, Tomo IX, pág. 533.

³ PIZARRO R. DANIEL y VALLESPINOS C. GUSTAVO. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, Tomo III, pág. 78 y 79.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ (n. 2), pág. 197.

En sentido coincidente a la postura de Pizarro, López Mesa opina que la ley contempla todos los supuestos en que la enseñanza se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad. Así, por ejemplo, la responsabilidad objetiva no afectaría a una maestra de inglés que da clases particulares, pero sí a un instituto, organizado bajo forma de empresa, que tiene una dirección o función equivalente⁵.

Cocucci sostiene que la norma del art. 1767 fue sancionada luego de la ley 26.206 y, sin embargo, no establece ninguna exclusión, por lo que no habría motivo para realizar una interpretación restringida cuando el legislador no lo ha hecho, máxime si se tiene en cuenta que ello conduciría a desproteger a las víctimas, al apartarlas del régimen de responsabilidad objetiva agravada que ofrece la norma⁶.

Según nuestro parecer, coincido con Sagarna en que no todos los establecimientos educativos están comprendidos en el art. 1767 CCyC. La nueva norma, como la anterior, abarca a los establecimientos educativos que se reglan mediante la Ley de Educación 26.206, la que "...regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el art. 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales..."; el art. 1767 engloba a todos aquellos centros de enseñanza que imparten la educación mínima regulada mediante la normativa educativa específica, sean de gestión privada o estatales⁷.

El régimen de responsabilidad agravado que nos convoca, resulta inaplicable a otros institutos de enseñanza, por los siguientes motivos: 1) el legislador puso como *condición* de procedencia la circunstancia que los alumnos se hallen o deban hallarse bajo el control de la autoridad escolar, lo cual -concluyo- se enlaza íntimamente con la idea de "poder" y capacidad de moldear conductas riesgosas de los alumnos, posibilidad de la cual carece en lo absoluto una simple maestra particular, una academia de danza, música o idiomas, incluso un gimnasio o escuela de tenis o fútbol; 2) sería gravoso y antieconómico someter a particulares o pequeños emprendimientos al severo régimen de responsabilidad agravado del art. 1767, con la consiguiente obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil; 3) en forma análoga, si para la procedencia de daño punitivo en los términos del art. 52 bis Ley 24.240 se exigen graves incumplimientos ocasionados por empresas, con un factor subjetivo agravado -dolo o culpa grave-, con el fin -entre otros- de preservar la empresa y la actividad económica, ¿por qué entonces se pretende con total desparpajo, endilgar una responsabilidad agravada y ultraobjetiva a pequeños emprendimientos o a una simple maestra particular? Aquí es donde algunos de los autores citados pecan de extrema severidad y de prodigalidad con el dinero ajeno.

A estos otros establecimientos educativos (centros de idiomas -no los colegios bilingües-, "escuelas de verano", academias o conservatorios de música, gimnasios, maestras particulares, etc.) les resultará aplicable la norma del art. 1721 CCyC, debiendo responder a título de dolo o culpa, sin perjuicio claro está, de que en casos particulares el factor pueda eventualmente mutar en función a la intervención de

⁵ LÓPEZ MESA, MARCELO. *La responsabilidad de los titulares de un establecimiento educativo en el nuevo Código Civil y Comercial*, publicado en Derecho Privado Infojus; 2015 N° 10 pág. 135-189.

⁶ COCUCCI, MARÍA. *La responsabilidad civil en los daños derivados del denominado bullying*, publicado en EBOOK-TR 2022 (Alterini), 317; cita online TR LALEY AR/DOC/1034/2022.

⁷ SAGARNA, FERNANDO A. *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial*, publicado en RCyS2015-IV, 255; cita online TR LALEY AR/DOC/901/2015.-

cosas o actividades riesgosas o que medie una obligación de seguridad (v.gr. si se produjo un evento dañoso en un gimnasio, producto de la intervención de alguna máquina habitualmente riesgosa -como el press de banca o polea al pecho- donde la caída de la barra sobre el cuello o el corte de la correa respectivamente, pueden producir graves daños a la integridad física).

Sostengo que la supuesta desprotección a la víctima no puede llevarnos a aplicar una responsabilidad más agravada sobre aquellos a los cuales la ley no los engloba expresamente. En la actualidad debemos sopesar cuidadosamente el eje de la balanza llamada Justicia; pasar de un derecho de daños “paternalista” a un derecho de daños “patrimonialista”, de neto corte liberal, donde el deber de responder sea estrictamente calibrado. Como bien recuerda López Mesa, es de esperar que se vuelva a un equilibrio en la aplicación de los factores de atribución, empleándose el que corresponda a cada caso, sin generalizaciones indebidas ni inferencias extrañas a nuestro sistema⁸. Todo ello, para no condenar a la ruina económica a particulares que sean sindicatos como responsables, donde una responsabilidad objetiva agravada les deje un limitado marco para acreditar la ruptura del nexo causal.

Si la magnánime generación encabezada por Pizarro, Zavala de González, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci o el mismo Bueres, bregaron por la prevalencia del factor objetivo de atribución, quizás las nuevas camadas seamos quienes balanceen la cuestión revitalizando a la culpa, a los fines de evitar extensiones analógicas injustas en detrimento del derecho de Propiedad. Ello sin perjuicio por supuesto, de casos donde surja específicamente del texto de la ley (v.gr. accidentes de automotores emplazados en la responsabilidad objetiva).

Avanzando en nuestro análisis, corresponde ahora determinar si la normativa aplicable -art. 1767- campea sobre establecimientos educativos estatales. Para un sector de la doctrina encabezado por Azar y Ossola al cual adherimos, en tanto y en cuanto las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no adhieran a la Ley de Responsabilidad del Estado 26.994 o no dicten sus propias normas de responsabilidad estatal, y pese a lo terminante del art. 1764 del CCyC, el vacío legal impone la aplicación del art. 1767⁹. Sin embargo, corresponde hacer una apreciación al respecto: la responsabilidad de los establecimientos educativos de titularidad del Estado nacional (v.gr. Colegio Nacional de Monserrat o la Escuela Superior de Comercio Manuel Belgrano) se rige por la normativa específica: la ley 26.944. Por su parte, la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en normas específicas, conforme el acto administrativo que haya creado la institución o que la regule.

Apunta con justeza Sagarna, que la responsabilidad del Estado nacional resulta objetiva y directa, que el establecimiento educativo para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que en el evento intervino total o parcialmente una causa ajena, sea que los daños deriven de caso fortuito o fuerza mayor, salvo que sea asumido por el Estado expresamente por una ley especial, del hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder¹⁰.

⁸ LOPEZ MESA MARCELO J. *Presupuestos de la responsabilidad civil*, 1ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, pág. 483.

⁹ OSSOLA FEDERICO y AZAR ALDO MARCELO, “Responsabilidad Civil”, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Dir.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo III, pág. 918.

¹⁰ SAGARNA, (n.8).

Es importante destacar que nuestro Excmo. Tribunal Superior de Justicia en un fallo vigente el nuevo Código, postuló que *“...los reclamos realizados invocando la Responsabilidad del Estado, siguen siendo resueltos mediante la aplicación analógica de las normas de derecho civil...”* y que *“...las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Civil y Comercial [...] resultan aplicables a la demandada (el Estado Provincial) en función del criterio mencionado (analogía)”*¹¹.

En postura antitética, cierta doctrina desliga totalmente al Estado de la responsabilidad específica prevista en el art. 1767 CCyC, siendo inaplicable -opinana establecimientos educativos públicos, no porque esta norma lo establezca, sino por la aplicabilidad al caso del ensamble normativo formado por ella y los arts. 1764 y 1765 del mismo ordenamiento que extraen la temática de la responsabilidad del Estado¹².

Otros, cuestionando la exclusión propiciada por la Ley de Responsabilidad del Estado, puntualizan que esta norma resulta aplicable a los daños producidos por el bullying; sin embargo, otorga a los damnificados una protección menor que la que prevé el régimen de los establecimientos privados, pues la ley 26.944 dispuso una responsabilidad menguada privilegiando claramente al Estado en desmedro de las víctimas, violentando así el principio de igualdad. Clarifican en este sentido, que deberá acreditarse la falta de servicio, consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado, generándose responsabilidad si se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Deberá probarse el funcionamiento anormal del servicio público educativo, respondiendo el Estado por el comportamiento de aquellas personas que de él dependa en un colegio¹³.

III.- Abordaje sobre el *bullying*

Corresponde primeramente conceptualizar esta figura. El *bullying* es una situación de agresión física o psíquica que sucede entre personas de edades similares, ambos menores y que -habitualmente- comparten la escolaridad.

Es intencional y se realiza de forma sistemática: no pasa una única vez, sino que se repite en el tiempo. También se lo ha definido como *“una forma de violencia escolar especialmente dirigida hacia una víctima concreta, que sufre de manera sistemática diferentes formas de agresión física, verbal o psicológica”*¹⁴. Implica, sin limitarse, a: comentarios despectivos y/o burlescos, amenazas, intimidación, golpes físicos, etc. Se caracteriza por humillar a un compañero de clase por alguna condición física o personal, con el propósito de rebajarlo anímicamente y -paralelamente- aumentar el reconocimiento grupal del agresor a costa del sufrimiento ajeno. Se configura de forma continuada, sistemática y requiere de un público (también menores) que lo avale con el silencio y las risas, a modo de estímulo directo o indirecto.

¹¹ TSJ Cba. Sala Civil, “Flores, Maria Alejandra y Otro c/ Provincia de Cordoba y Otro - Ordinario - Daños y Perj. - Otras Formas de Respons. Extracontractual - Recurso de Casación” (Expte. N° 5506657), Sentencia N° 87, 02/07/2019.

¹² LÓPEZ MESA, MARCELO, (n. 6). Pág. 152.

¹³ COCUCCI, (n. 7).-

¹⁴ LOPEZ DE TURISO SÁNCHEZ AMAYA, *Causas y consecuencias del bullying o acoso escolar*. Unicef España. cita online: <https://www.unicef.es/blog/educacion/acoso-escolar>.

Aclara Cocucci que, para configurarse un caso de “bullying” deben existir vínculos dominantes, debe tratarse de menores de edad que no se relacionan de igual a igual, es decir, no hay simetría en la relación, sino que poseen un vínculo de sometimiento de uno a otro, siempre a la misma persona y con una frecuencia importante; debe existir un desequilibrio de poder, asimetría, dificultad de reacción, sentimientos de indefensión y desamparo por parte del acosado¹⁵.

Como segundo aspecto, cabe resaltar que, desde el punto de vista jurídico, el bullying puede concretarse por acción o por omisión. En efecto, se configurará por acción cuando los acosos impliquen actos positivos, por ejemplo, efectuar golpes, humillar, y todo tipo de hostigamiento que implique un hacer. Por otro lado, la omisión constituirá la realización de actos negativos, como no jugar, no hablar, o no interactuar, con el fin de marginar socialmente a los acosados¹⁶.

En tercer lugar, tratándose de una verdadera agresión, genera un daño en la víctima. Difiere de los casos típicos de responsabilidad de establecimientos educativos, donde los alumnos sufren consecuencias físicas traducidas en daño emergente por los gastos sanatoriales. Frente a situaciones de acoso escolar la víctima termina sufriendo perjuicios de índole mayormente psíquico, que se traduce en un daño moral indemnizable. Aunque también puede padecer daño patrimonial derivado de la incapacidad sobrevenida, como ocurre en el fallo en comentario donde la actora reclama por su enfermedad causada por la situación de acoso.

IV.- Incidencia causal del Establecimiento Educativo

IV. a. Concepto

Analizar en profundidad la relación de causalidad excedería el marco de esta obra. Por esta razón acudiremos a las clásicas definiciones esbozadas por la más enjundiosa doctrina.

La relación de causalidad es un vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que es su origen¹⁷. Se trata del enlace material que existe entre un hecho antecedente y otro consecuente, y que permite establecer a quien debe imputarse un hecho determinado y sus consecuencias¹⁸.

De nuestra parte diremos, siguiendo a Orgaz, que se trata del vínculo o conexión que existe entre un acto y un resultado dañoso desencadenado por aquél, de suerte tal que queden descartados los meros antecedentes o factores (condiciones) y se individualice la causa idónea, que es aquella condición apta para producir el resultado dañoso, conforme el curso natural y ordinario de las cosas¹⁹. La relación causal implica necesariamente una *operación intelectual* formulada por el intérprete -juez, abogado litigante, legislador, etc.- que determine con un alto grado de probabilidad objetiva, qué acción u omisión se presenta como el antecedente fáctico y lógico idóneo para producir una determinada consecuencia o resultado²⁰.

¹⁵ COCUCCI, (n. 7).-

¹⁶ COCUCCI, (n. 7).-

¹⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2016, Tomo II, pág. 120.

¹⁸ OSSOLA, FEDERICO ALEJANDRO. *Responsabilidad Civil*, 1ed., C.A.B.A., Abeledo Perrot, 2016, pág. 79.

¹⁹ ORGAZ, ALFREDO. *El daño resarcible*, 2ed., Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1980, pág. 43 y ss.

²⁰ Para profundizar la temática, véase AZAR, ALDO M., en *Causa, Causalidad y Causación*, 1ed., Córdoba, Advocatus, 2016. Y “Relación de Causalidad”, en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, dirigido por SÁNCHEZ HERRERO Andrés, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo III.-

Lo importante, estimo, es realizar un juicio crítico y axiológicamente neutro, basado en la probabilidad y en las reglas de la experiencia, para determinar qué condición -al ser suprimida física o mentalmente- conlleva -con mayor grado de probabilidad conforme lo que usualmente ocurre- la no producción del efecto. Determinada esta, se erige así en causa del daño, sin perjuicio de otras concausas que puedan presentarse.

IV. b. Aporte causal del titular del establecimiento educativo

En el fallo en comentario, la Cámara evaluó en forma *ex post facto* y en un juicio retrospectivo de probabilidad, si el incumplimiento de la demandada que generó que una adolescente esté expuesta a un hostigamiento continuado en el ámbito escolar, es un hecho apto o adecuado para provocar las consecuencias lesivas que sufrió la víctima, de conformidad con el modo en que normal y ordinariamente ocurren las cosas. Para ello se basó en pericias médicas y psicológicas, concluyendo que las convulsiones epilépticas no se producen generalmente en el momento exacto en que la víctima tiene la vivencia traumática. Paralelamente descartó por infundado el argumento sostenido por la demandada, consistente en enfatizar que las convulsiones nunca se produjeron en el colegio, premisa de la que pretende inferir que el origen del episodio no se vinculó con el bullying.

El tribunal consideró suficientemente probado que el estrés sufrido por la actora como consecuencia del bullying del cual fue víctima, operó como el disparador o desencadenante de una patología crónica que hasta ese momento no reconocía antecedente alguno. Remarcó que la predisposición que podía tener la damnificada a sufrir un trastorno como el que finalmente se activó, no operó como causa o concausa adecuada del daño sufrido, sino como una mera condición inidónea para eximir de responsabilidad a la demandada (arts. 1725, 1726 y 1767 del CCyC).

A pesar de no decirlo expresamente, el Tribunal de Alzada le endilga responsabilidad al establecimiento educativo por omisión. Recordemos que una omisión es causal cuando la acción esperada tenía aptitud para evitar el resultado en cuya virtud, de ser realizada, verosímilmente habría detenido el curso nocivo²¹.

En este caso, el centro educativo no tomó las medidas necesarias para evitar la configuración del daño o su agravamiento si la situación de acoso ya se hubiere iniciado (Cfr. art. 1710 del CCyC). Dada la dificultad para detectar el inicio del bullying, lógicamente la institución deberá actuar en dos estadios diferenciados: (a) antes de su configuración, esto es, mediante acciones de prevención (v.gr. charlas con los estudiantes; impartir cursos acordes a la temática; advertencias en las entrevistas de admisión, de que el acoso no será tolerado en lo más mínimo); o (b) cuando las agresiones ya han comenzado, haciendo cesar o disminuir los hechos lesivos (v.gr. sanciones disciplinarias a los agresores; cambios de turno tanto para la víctima como para los victimarios; apercebimientos a los padres; incluso, la expulsión de los agresores).

Nótese que aún tomando todos los recaudos y medidas razonables para evitar o hacer cesar la configuración del hecho dañoso, el establecimiento debe responder de todas formas, ello a tenor del tipo de atribución plasmada en la ley, de neto corte objetivo. Empero, esta cuestión obedece -propiamente- al elemento 'factor de atribución'.

²¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2016, Tomo II, pág. 190.

Conforme adelantáramos, campea sobre la institución educativa una autoridad traducida en potestad para moldear y modificar conductas desviadas. Comenta con acierto Novellino que *“al deber de educar y ordenar los conocimientos de los menores le son atientes la libertad por un lado y la disciplina por el otro, dado que [...] hay preceptos morales o éticos que juegan roles preponderantes para los educadores y los educandos”*²².

Si bien el ejecutor de la acción dañosa, y por ende quien coloca una condición preponderante, es un estudiante (o estudiantes actuando en grupo), el establecimiento es causalmente responsable en igual grado, ya sea porque el agresor y la víctima se hallaban bajo la órbita de control temporal y espacial del colegio (ocasión), ya sea porque omitió tomar las medidas correctivas necesarias que, conforme su nivel de autoridad, son elementales para evitar el daño.

Profundizando en nuestra explicación, nos encontraremos con dos causas bien definidas: por un lado, la conducta lesiva de un estudiante menor de edad que acosa, injuria, golpea o degrada psicológicamente a otro alumno; y por otro costado tendremos una actitud omisiva por parte de las autoridades escolares quienes, de haber actuado activamente, hubiesen podido detener las conductas nocivas impidiendo su configuración en un futuro. Ello por cuanto no se limita a impartir horas cátedras de “fría” enseñanza académica. Por el contrario, también tienen como misión inculcar a sus educandos comportamientos cívicos ejemplares que aseguren respeto irrestricto a la dignidad entre sus pares.

Considero que el nivel de autoridad que posee el establecimiento educativo se traduce en la posibilidad concreta de incidir en el curso causal. Me explico. Si el titular del establecimiento, a través de su *staff* docente toma una actitud proactiva en pos de dismantelar o corregir comportamientos nocivos de sus alumnos, presumiblemente podrá suprimir la condición preponderante del bullying: sin conductas de acoso, sin insultos o malos tratos, sin discriminación, el daño no se configura. Puede haber otras condiciones (v.gr. patologías previas de la víctima), empero las cuales no tienen la entidad suficiente como para erigirse en causa del daño. Los establecimientos educativos poseen las herramientas suficientes para evitar o cortar de plano aquellos factores condicionantes.

V.- Cuestiones procesales probatorias referidas al bullying.

Procesalmente se ha entendido en forma clásica, que uno de los cometidos básicos de la víctima es comprobar que el demandado se encuentra involucrado causalmente con los daños invocados, que los hechos generadores de los perjuicios no le son ajenos. No obstante, la responsabilidad a veces prescinde de dicha noción (v.gr. responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas, daños causados por animales, responsabilidad de establecimientos educativos, etc.). Aquí la prueba no recae sobre la autoría; lo que debe acreditarse es que la fuente del perjuicio está emplazada dentro de una esfera u órbita vinculada al responsable, prevista en cada caso por la ley²³.

²² NOVELLINO NORBERTO JOSÉ. *Responsabilidad por daños de establecimientos educativos*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 1998, pág. 66.

²³ GONZALEZ ZAVALA, RODOLFO M. *Prueba del nexo causal*, publicado en Revista de Derecho de Daños 2003-2, pág. 91-102; cita online https://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=8707&query_desc=kw%2Cwrdl%3A%20rodolfo%20gonzalez%20zavala.-

Sin embargo, aún teniendo a su favor la presunción de autoría que le proporciona el factor objetivo, la víctima de todas formas se encontrará con escollos a la hora de probar el hecho dañoso -o aquél que desencadena el daño-, especialmente tratándose de sucesos ocurridos dentro del espacio áulico. Estos inconvenientes pueden ser de tipo material (ej.: falta de cámaras de seguridad que registren los hechos de acoso) o ideológico (ej.: compañeros que no quieran dar su testimonio por temor a represalias del agresor o convertirse también en foco de acoso; testigos que sean amigos de la víctima y puedan ser reputados de “parciales”).

Pues bien, en el fallo que nos convoca, el Tribunal se hizo cargo de estas peculiaridades probatorias. Basándose en los arts. 2.2, 3.2, 3.3, 13.1, 18.2, 19.2, 29.1 y 31.2 de la Convención de los Derechos del Niño, el Tribunal ponderó que el estándar probatorio que permita a la víctima acreditar en juicio los eventos vividos que dieron forma al hostigamiento, debe ser flexibilizado. Aclaró expresamente que esto no significa invertir cargas probatorias, conceder ventajas procesales u otra circunstancia semejante, sino aplicar las reglas procesales y los estándares probatorios con especial consideración en la problemática escolar y de la naturaleza misma de los actos que conforman el bullying denunciado.

La naturaleza de estos actos -usualmente solapados, subrepticios y disimulados, pues el agresor o los agresores procuran no quedar expuestos frente a las autoridades escolares- es lo que justifica, junto con el plexo normativo vigente, que los jueces sean prudentes a la hora de determinar el estándar probatorio, reparando en que seguramente ese suceso o conjunto de sucesos quede por fuera de registros o documentos de utilidad acreditativa para un eventual reclamo en sede judicial.

Advirtió el Tribunal bajo cita, que de aplicar a rajatabla y con estrictez un estándar probatorio elevado para este tipo de hechos controvertidos (v.gr. requiriendo pluralidad de testigos no relacionados con las partes, registros documentales directos, filmaciones, etc.), se frustrarían *ex ante* la mayoría de los reclamos fundados en este tipo de conflictividad escolar, todo lo cual resulta reñido con obligaciones asumidas en el ámbito internacional en materia de derechos de los niños.

Luego de ello, adelantó el criterio de ponderación de la prueba, con base al fallo “Pellicori” de la Corte Suprema (Fallos: 334:1387) en forma analógica, aplicable a los procesos civiles relativos a la ley 23.592 en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio: resulta suficiente para la parte que afirma dicho motivo, la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia. En tal caso -especificó la Cámara-, corresponderá al demandado a quien se le reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. En síntesis: a la víctima de bullying le bastará acreditar hechos que, preliminarmente analizados, resulten idóneos para inducir la existencia del hostigamiento en el que se sustenta la pretensión resarcitoria, contexto en el cual es el titular del establecimiento educativo el que debe probar que esos hechos o bien no existieron, o no tuvieron la naturaleza que la reclamante le endilga.

VI.- Situación del seguro obligatorio

VI.a. Generalidades

La necesidad del seguro es inexorable dentro de un sistema de responsabilidad objetiva agravada, pues sólo admite como eximente el caso fortuito, y no cualquier

causa ajena si no es irresistible o invencible²⁴. Esto se explica además, por la gran cantidad de sucesos dañosos que pueden presentarse en un establecimiento educativo; no porque los alumnos sean *per se* cosas riesgosas, sino que es propio de la adolescencia exponerse a peligros sin medir las consecuencias.

Pesa sobre el titular del establecimiento educativo el deber de contratar un seguro contra responsabilidad civil, aunque se omita nuevamente regular los efectos del incumplimiento de dicho deber²⁵. Una solución factible serían multas o sanciones por parte de la autoridad educativa correspondiente (nacional, provincial o municipal). Estimo que, ante una importante cantidad de reclamos indemnizatorios que pueden intentarse contra establecimientos educativos o incluso miembros del staff docente, el titular de aquellos será el primer interesado en contratar un seguro fiable, *so riesgo* de caer en la ruina financiera.

VI.b. Improcedencia de la exclusión

En el caso comentado, la citada en garantía había declinado la cobertura sobre la base de considerar que los hechos que son motivo de debate, concuerdan con los riesgos excluidos conforme lo pactado en la póliza ("*...discriminación de cualquier tipo; [...] daño moral y/o psicológico en ausencia de daño físico y agresiones de cualquier tipo*").

De forma holística, el Tribunal clarificó que el bullying es una forma de discriminación, pero no se agota exclusivamente en ella: implica diversas formas de agresiones, tanto físicas como psíquicas, pero también incluye formas de hostigamiento más sutiles, continuadas y solapadas que difícilmente puedan ser entendidos, aisladamente, como "agresiones". Ahondó en que el acoso escolar es un fenómeno pluridimensional, una forma de violencia extremadamente compleja y que se expresa a través de un hostigamiento que no puede reducirse a una mera agresión o a una discriminación.

Posteriormente, le enrostró a la aseguradora el hecho de haber querido valerse de una cláusula cuyos incisos habían sido redactados utilizando términos extremadamente genéricos, resultando por ello imposible comprender qué significado pretendió asignarle a cada uno de ellos, producto de su ambigüedad. Esgrimiendo que es el asegurador quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración, juzgó que la declinación de cobertura de la aseguradora resultaba infundada en tanto la cláusula invocada, aun siendo oponible y eficaz, había sido redactada de un modo extremadamente genérico, utilizando palabras vagas y ambiguas y no era posible interpretar que los riesgos excluidos -defectuosamente descriptos- coincidían con los hechos que motivaron la responsabilidad civil de la asegurada.

Finalmente, se responsabilizó a la compañía aseguradora en forma concurrente con la accionada y en la medida del contrato de seguro.

VII.- Responsabilidad concurrente de los padres.

VII.a. Advertencia metodológica

Liminarmente aclaro al lector, que la responsabilidad de los padres frente a un hecho de bullying no fue materia debatida en el caso anotado. Empero, puede

²⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, (n. 2) pág. 240.-

²⁵ OSSOLA, (n. 19), pág. 377.-

resultar didáctico un análisis de la responsabilidad de aquellos padres titulares de la Responsabilidad Parental.

VII.b. Nuestra opinión ante supuestos de acoso escolar

Es indudable la íntima conexión que existe entre la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos, con la responsabilidad que recae sobre el titular de un establecimiento educativo. Desde un punto de vista sociológico, nos encontramos con que la violencia escolar o bullying, los accidentes de tránsito en los que intervienen menores, el alcohol y las drogas, las crisis económicas, la falta de oportunidades de crecimiento personal, la crisis en la autoridad (paterna, docente, institucional), acarrearán una mayor causación de daños por parte de menores de edad. Tanto los padres como las instituciones educativas se enfrentan a la misma complejidad.

Además, desde un punto de vista eminentemente jurídico, cabría una responsabilidad alternativa (permítaseme la expresión) entre las dos esferas. El Código establece en su art. 1755 que “*La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente...*”. Ello nos llevaría a pensar justificadamente qué, si el hijo es depositado por sus padres dentro de la órbita de protección y vigilancia del colegio, deja de responder frente a terceros por toda clase de daños causados por el menor, haciéndolo -exclusivamente- el titular del establecimiento.

No existía una previsión semejante en el anterior régimen, donde con gran sabiduría y tecnicismo, se eximía de responsabilidad únicamente al padre que colocaba a su hijo en un establecimiento, bajo la vigilancia y autoridad permanente de otra persona (v.gr. internados, monasterios, academias o liceos militares).

La nueva norma, sin perjuicio de su deficiente técnica legislativa, parecería conferir a los padres una causal propia de eximición no sólo por daños físicos ocasionados por sus hijos, sino también por los psicológicos perpetrados (donde el acoso escolar más se configura). Criticando esta solución normativa se encuentra Pizarro, aunque le reconoce virtualidad eximitoria, desplazándose la responsabilidad hacia el tercero guardador²⁶. Así entendida literalmente la norma, los padres quedarían eximidos por el simple hecho de colocar a sus hijos bajo la vigilancia de otra persona, aún en forma transitoria. Adviértase la inconsistencia del sistema, al no exigir mínimamente que ese desplazamiento en la guarda opere en favor de una persona que tenga “autoridad” sobre el menor.

En la práctica, un mayor poder de vigilancia y control sobre el niño o adolescente implica mayores posibilidades correctivas sobre las conductas desviadas de este, lo que disminuye -correlativamente- la posibilidad de que estas conductas desencadenen daños hacia terceros. Evidentemente no será lo mismo poner al hijo bajo el cuidado de un vecino que de un establecimiento formativo con rasgos de continuidad, por ejemplo lo que ocurre si el educando vive de lunes a viernes en un Liceo, y sólo regresa temporalmente a la casa de sus padres los fines de semana.

Los interrogantes que pueden formularse al respecto son: ¿qué ocurre con aquellos establecimientos educativos comunes, donde los menores pasan varias horas, pero sin vocación de permanencia o continuidad? ¿Son exclusivamente responsables por todo tipo de daños que causen los menores de edad? ¿Cabría igualmente

²⁶ PIZARRO R. DANIEL y VALLESPINOS C. GUSTAVO. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, Tomo II, pág. 210.

responsabilizar a los señores padres? Las respuestas son importantes por cuanto afecta a la inmensa mayoría de colegios privados o públicos de la Nación.

Zavala de González ensaya una solución interesante, a la cual adherimos. Esta autora propicia una interpretación restrictiva de esta eximente. En su virtud, cuando el hijo menor es "*puesto bajo la vigilancia de otra persona*" de manera *transitoria*, como regla cesa el carácter objetivo de la responsabilidad, pero no la responsabilidad misma. Aquella sigue siendo atribuible incluso a título de *culpa presunta*, si las características del hecho lesivo así permiten inferirla, como cuando revela alguna falla de formación en la personalidad del menor dañador²⁷.

Esta interpretación permitiría hacer responsables concurrentemente (art. 850 del CCyC) a los padres junto con el titular del establecimiento educativo por hechos de bullying, que implican un trasfondo sumamente más complejo que simples hechos de violencia o accidentes escolares; por el contrario trasuntan problemas sociales, afectivos o económicos en el seno de la familia del agresor (v.gr. padres ausentes, conflictos familiares, padres divorciados, etc.), que se traducen luego en una falla en la educación y valores que este aprende. En estos casos la víctima de acoso escolar podrá demandar por el resarcimiento no sólo a la entidad educativa, sino también a los padres del agresor, cargando estos últimos con la prueba de que actuaron diligentemente en la educación y formación en valores de su hijo. Es la única solución para evitar que los padres del dañador puedan oponer como defensa el desligue de responsabilidad consagrada en el Código, evitando tener que responder. En una futura reforma creemos que la mejor solución legislativa es suprimir la posibilidad de eximirse de responsabilidad -basada en un factor objetivo- poniendo al hijo menor de edad en cuidado *transitorio* de un tercero. La responsabilidad del o los padres debería subsistir, incluso en forma objetiva, siendo totalmente contrario al buen sentido jurídico permitir que los progenitores se liberen probando que dejaron al infante momentáneamente o por un lapso breve, en cuidado de otra persona o entidad.

Empero, de *lege ferenda* consideramos acertada la posibilidad de liberarse de responsabilidad dejando *permanentemente* al niño en cuidado y bajo la autoridad de un tercero responsable. También hay que reconocer como injusta una solución que responsabilice al padre por hechos dañosos de sus hijos, en los cuales ha tenido escasas posibilidades de incidir en la formación de su conducta, y en su vigilancia, como ocurre si el menor asiste de lunes a viernes a un liceo militar regresando a su hogar sólo los fines de semana.

Es decir, propiciamos un regreso al régimen que preveía el anterior Código Civil en su art. 1115. Esta idea seguramente recibirá críticas por parte de objetivistas extremos; pero como ya insinuáramos: debemos recuperar el equilibrio en el régimen de responsabilidad civil, evitando condenas que lleven a la ruina a muchos individuos, y en este caso, a familias. Además, existen antecedentes en nuestro medio de responsabilidades objetivas donde se libera al sindicado como responsable en función a un eximente de tintes subjetivos, como es el caso del uso *en contra de la voluntad* expresa o presunta del dueño o guardián con las cosas riesgosas o peligrosas (art. 1758 del CCyC).

²⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE y GONZÁLEZ ZAVALA, RODOLFO. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2018, Tomo III, pág. 622.

VIII.- Conclusión

Pesa sobre el propietario del establecimiento educativo (titular del fondo de comercio o de la unidad empresarial) una obligación de seguridad agravada, cuyo objeto consiste en mantener a los alumnos en las mismas condiciones de indemnidad en la que fueron depositados dentro de su órbita por los padres. Un establecimiento educativo posee una estructura que implica despliegue de autoridad. Dicha autoridad presupone poder de mando que implica *control de conductas* de educandos menores, a fin de que no dañen ni se dañen.

El bullying es una forma de violencia escolar, física o psíquica, dirigida hacia una víctima concreta, que sufre de manera sistemática diferentes formas de agresión física, verbal o psicológica. Implica comentarios despectivos y/o burlescos, amenazas, intimidación, golpes físicos, etc. Tratándose el bullying de una verdadera agresión, genera un daño en la víctima (usualmente moral, pero también puede ser patrimonial). El fenómeno del bullying no se caracteriza con el típico deber de prevención para que los alumnos no se golpeen o no se (auto) lesionen durante el ámbito escolar.

Dependiendo de la postura adoptada, se consideran incluidos en la responsabilidad especial del art. 1767 -objetiva agravada o "ultraobjetiva"- los establecimientos educativos públicos además de los privados; y aquellos establecimientos que sin ser propiamente educativos o sin estar contenidos en la ley de Educación Nacional, impartan algún tipo de enseñanza (academia de idiomas o baile; gimnasios o clubes; maestras particulares).

Causalmente, el incumplimiento de la demandada que genera que un adolescente esté expuesto a un hostigamiento continuado en el ámbito escolar, es un hecho adecuado para provocar las consecuencias lesivas que sufrió la víctima, ya sea porque el agresor y la víctima se hallaban bajo la órbita de control temporal y espacial del colegio (ocasión), o porque omitió tomar las medidas correctivas necesarias que, conforme su nivel de autoridad, son elementales para evitar el daño. El nivel de autoridad que posee el establecimiento educativo se traduce en la posibilidad concreta de incidir en el curso causal. Si el titular del establecimiento toma una actitud proactiva en pos de dismantelar o corregir comportamientos nocivos de sus alumnos, podrá suprimir la condición preponderante del bullying: sin conductas de acoso, sin insultos o malos tratos, sin discriminación, el daño no se configura. Puede haber otras condiciones (v.gr. patologías previas de la víctima), empero las cuales no tienen la entidad suficiente como para erigirse en causa del daño.

Procesalmente hablando, el estándar probatorio que permita a la víctima de bullying, acreditar en juicio los eventos vividos que dieron forma al hostigamiento, debe ser flexibilizado.

Ante casos de *bullying*, es posible adjudicar responsabilidad a los padres concurrente con el establecimiento educativo, si entendemos que al dejar a los menores en cuidado transitorio del establecimiento sólo cesa el carácter objetivo de la responsabilidad, la cual subsiste a título de culpa presunta.

IX.- Bibliografía

AZAR, Aldo M., en *Causa, Causalidad y Causación*, 1ed., Córdoba, Advocatus, 2016.

COCUCCI, María. *La responsabilidad civil en los daños derivados del denominado bullying*, publicado en EBOOK-TR 2022 (Alterini), 317; cita online TR LALEY AR/DOC/1034/2022.

GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo M. *Prueba del nexo causal*, publicado en Revista de Derecho de Daños 2003-2; cita online https://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=8707&query_desc=kw%2Cwrdl%3A%20rodolfo%20gonzalez%20zavala.-

LOPEZ DE TURISO SÁNCHEZ Amaya, *Causas y consecuencias del bullying o acoso escolar*. Unicef España. Recuperado de: <https://www.unicef.es/blog/educacion/acoso-escolar>.

LÓPEZ MESA, Marcelo. *La responsabilidad de los titulares de un establecimiento educativo en el nuevo Código Civil y Comercial*, publicado en Derecho Privado Infojus; 2015 N° 10.

LOPEZ MESA Marcelo. *Presupuestos de la responsabilidad civil*, 1ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.

MOSSET ITURRASPE Jorge y PIEDECASAS Miguel A. *Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial de la Nación: responsabilidad de la empresa*. 1ed., Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2017, Tomo IX.

NOVELLINO Norberto José. *Responsabilidad por daños de establecimientos educativos*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 1998.

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*, 2ed., Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1980.

OSSOLA Federico A. y AZAR Aldo Marcelo, *Responsabilidad Civil*, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (Dir.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo III.

OSSOLA, Federico Alejandro. *Responsabilidad Civil*, 1ed., C.A.B.A., Abeledo Perrot, 2016.

PIZARRO R. Daniel y VALLESPINOS C. Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, Tomo III.

PIZARRO R. Daniel y VALLESPINOS C. Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, 1ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, Tomo II.

SAGARNA, Fernando A. *Responsabilidad civil de los establecimientos educativos en el Código Civil y Comercial*, publicado en RCyS2015-IV, 255; cita online TR LALEY AR/DOC/901/2015.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2019, Tomo IV.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2018, Tomo III.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ed., Córdoba, Alveroni, 2016, Tomo II.

Límite a la responsabilidad por el pago de costas según artículo 730 Código Civil y Comercial de la Nación

Por Leandro S. Ríos¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Génesis III.- Alcance IV.- Relación con la ley de contrato de trabajo V.- Oportunidad para aplicar el límite de costas. VI.- ¿Tope de costas o tope de honorarios? VII.- Inconstitucionalidad del artículo 730 del CCyCN VIII.- Prorrateso en la retribución del mediador. IX.- Epílogo

Resumen: Esta monografía explora el tema de la limitación de costas en el ámbito judicial argentino, enfocándose en el artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN). Se analizan las implicancias, alcance y controversias que rodean esta normativa, considerando su relación con la Ley de Contrato de Trabajo y su aplicación en casos concretos. Se examina si la limitación se aplica a costas o a honorarios de profesionales y se profundiza en argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del artículo. Además, se aborda la cuestión del prorrateso de honorarios en el contexto de mediación y se concluye con una evaluación crítica de los resultados y posibles impactos de esta normativa en el acceso a la justicia y los derechos fundamentales.

Abstract: This dialogue delves into the topic of cost limitation in the Argentine judicial context, focusing on Article 730 of the Civil and Commercial Code (CCyCN). The implications, scope, and controversies surrounding this regulation are examined, considering its relationship with the Labor Contract Law and its application in specific cases. The dialogue investigates whether the limitation applies to costs or professional fees and delves into arguments for and against the constitutionality of the article. Additionally, the issue of fee proration is addressed within the context of mediation, concluding with a critical evaluation of the outcomes and potential impacts of this regulation on access to justice and fundamental rights.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Maestrando en la Maestría de Derecho Procesal. Universidad Siglo XXI. Córdoba. Argentina. Adscripto a la cátedra de Derecho Privado VII. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba Argentina.

Palabras clave: Limitación de costas - artículo 730 CCyCN - honorarios profesionales - acceso a la justicia - constitucionalidad - mediación - Ley de Contrato de Trabajo - prorrateso - derechos fundamentales.

Keywords: Cost limitation - Article 730 CCyCN - professional fees - access to justice - constitutionality - mediation - Labor Contract Law - proration, fundamental rights.

I.- Introducción

En el contexto del ámbito legal argentino, el Artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCYCN) emerge como un punto de debate esencial. Este trabajo se propone examinar en profundidad las cuestiones cruciales en torno a este artículo, específicamente en relación con su constitucionalidad y el límite establecido para la carga de costas en los procesos de conocimiento. Además, se explorará el alcance de esta disposición, considerando las oportunidades para aplicar dicho límite en el ámbito jurídico.

Ubicado en el Libro Tercero, "Derechos Personales", del Título I "Obligaciones en General", Capítulo 1, el Artículo 730 establece los efectos con relación al acreedor en una obligación. Este precepto normativo otorga al acreedor el derecho de emplear diversos medios legales para asegurarse de que el deudor cumpla con su obligación. No obstante, el aspecto más controversial de este artículo reside en su última parte, que delinea restricciones para la responsabilidad por el pago de costas procesales, incluyendo los honorarios profesionales, en casos de litigio judicial o arbitral.

La disposición legal en cuestión establece que la suma destinada al pago de costas no debe superar el veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin a la disputa. Cuando las regulaciones de honorarios excedan este porcentaje, el juez debe distribuir los montos entre los beneficiarios. Sin embargo, esta limitación no se aplica a los honorarios de los profesionales que representaron, patrocinaron o asistieron a la parte condenada en costas.

A lo largo de la presente monografía, se explorarán las implicaciones y el alcance de esta norma en el panorama legal argentino. Además, se analizará la relación del Artículo 730 con disposiciones similares en la Ley de Contrato de Trabajo y el antiguo Código Civil, así como se examinarán los argumentos a favor y en contra de su constitucionalidad. La falta de un criterio unificado en la doctrina y jurisprudencia sobre este artículo ha generado interrogantes sustanciales, y esta obra se propone arrojar luz sobre estos aspectos debatidos.

A través de un minucioso análisis de los fundamentos legales, antecedentes históricos y perspectivas actuales en la doctrina y jurisprudencia, este trabajo aspira a aportar una comprensión integral del Artículo 730 del CCYCN y sus implicaciones en el contexto jurídico contemporáneo argentino.

II.- Génesis

El origen del Artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCYCN) se sitúa en un contexto de transformaciones legales y aspiraciones de equidad en el acceso a la justicia. Su raíz se remonta al año 1994, con la promulgación de la Ley 24.432 de Honorarios Profesionales. Esta legislación, que introdujo modificaciones al artículo 505 del Código Civil (CC), desencadenó la inclusión de límites sobre el importe de las costas judiciales para la parte derrotada en procesos legales.

El propósito subyacente de esta intervención normativa era doble: en primer lugar, reducir los costos asociados a los procesos judiciales que a menudo representaban un obstáculo para el acceso efectivo a la justicia; en segundo lugar, promover un sistema legal más equitativo en el que las cargas financieras derivadas de litigios fueran razonables y proporcionadas.

El apartado del artículo 505 del CC al cual nos referimos establecía que si el incumplimiento de una obligación daba lugar a un litigio judicial o arbitral, la

responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluyendo los honorarios profesionales, no excedería el veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que pusiera fin a la disputa. En caso de que las regulaciones de honorarios superasen este límite, el juez debía distribuir los montos entre los beneficiarios. No obstante, este tope no se aplicaba a los honorarios de los profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.

“En ámbitos doctrinarios no dejó de llamar la atención la inclusión del último párrafo del artículo 730 del reciente Código Civil y Comercial de la Nación, porque reproduce casi textualmente el artículo 505 del anterior Código Civil, cláusula reiteradamente declarada inconstitucional por nuestros tribunales.”²

A pesar de su intención de equidad y acceso a la justicia, este artículo fue objeto de críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia, quienes cuestionaron su constitucionalidad. Sin embargo, la Ley 24.432 contaba con una excepción, el artículo 521 del CC, que excluía la aplicación del tope cuando el incumplimiento de la obligación era malicioso.

La evolución posterior condujo a la sanción de dos leyes arancelarias que, en cierta medida, derogaron implícitamente el último párrafo del Artículo 730 del CCYCN al no establecer límites claros para los honorarios. Es importante destacar que, a nivel provincial, las regulaciones también variaron, ya que cada provincia regula sus propias normas procesales y de costas. Esto ha llevado a que provincias como Buenos Aires se rigen por la Ley 14.967, Córdoba por el Código Arancelario Ley 9459, actualmente en el ámbito nacional rige la Ley 24.432.

“El problema se plantea en las pequeñas causas, cuando el mínimo minimorum del arancel, fijado en el art. 36 del Código Arancelario de Córdoba o el art. 8 de la ley nacional 21839, excede largamente el veinticinco por ciento de la condena. En tal caso la limitación a la condena en costas que dispone la ley 24.432, hace que el costo del litigio a cargo del vencedor absorba una parte substancial o la totalidad del crédito que motivó el pleito; ese desenlace resulta violatorio del derecho de propiedad (art. 17, CN) y de hecho frustra el acceso a la jurisdicción (art. 18 CN).”³

El Artículo 730, que en su origen planteaba un límite de honorarios y costas en el contexto de obligaciones, ha evolucionado y se ha convertido en una cuestión procesal con implicaciones tanto locales como nacionales. Aunque haya sido incorporado en el Título I "Obligaciones en General" del CCYCN, su influencia trasciende ese ámbito al ser un tema que involucra a la justicia, a la economía procesal y a la búsqueda de equidad en el sistema legal argentino.

III.- Alcance del artículo 730

El artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación abarca un conjunto de disposiciones que regulan la imposición de costas judiciales en el contexto de obligaciones incumplidas y litigios subsiguientes.

Una de las cuestiones fundamentales que emerge al interpretar el Artículo 730 es si el reajuste o la reducción obligatoria de los honorarios que superen el 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al litigio aplica

² ARAZI, Roland: "Aciertos y Comentario Crítico del Código Civil y Comercial", *L.L.*, 2015-E, suplemento diario del 11 de noviembre de 2015.

³ FERRER, Adán Luis, "Límite de la condena en costas", *LLC2016 (agosto)*, 423. TR LALEY AR/DOC/1894/2016

exclusivamente a la parte demandada y perdedora en el juicio con costas en su contra. Esto plantea la interrogante de si esta disposición también es aplicable al actor que resulta perdedor y condenado al pago de costas.

El propósito de esta regulación se enfoca en reducir los costos asociados a los procesos judiciales y en establecer límites absolutos en relación con la carga de costas para la parte condenada a pagarlas. En esta línea, se plantea la necesidad de equilibrar los derechos y responsabilidades de las partes involucradas en el litigio. La discusión en el ámbito legislativo y en la doctrina giró en torno a la limitación de los honorarios que sumados a las costas no deben exceder el 25% del monto de la resolución final del conflicto. Se argumentó que este límite era necesario para evitar situaciones en las que los honorarios y las costas superaran de manera desproporcionada el valor real del juicio, lo que podría desvirtuar la naturaleza y los propósitos de la obligación en disputa.

En base a la norma del proyecto por parte del Poder Ejecutivo Nacional, destacando expresamente que *“se establecen además límites absolutos a la carga de las costas respecto del condenado a pagarlas con relación al monto del juicio”*. Ese objetivo fue reiterado en oportunidad del tratamiento legislativo del proyecto del Poder Ejecutivo. En tal sentido, el Senador Aguirre Lanari miembro informante del dictamen de la mayoría en el Senado, señaló que *“mediante la modificación del art. 521, se determina que el tope porcentual no habrá de regir en el supuesto de incumplimiento malicioso de la obligación -por cuanto la conducta del deudor no justifica que la ley la favorezca con el abaratamiento que persigue el proyecto-, sino que en este caso su dolo lo hará merecedor de un ejemplar castigo pecuniario”*. Por su parte, en el debate parlamentario el senador de la Rúa en la misma sintonía señaló *“Si la obligación del Código Civil conlleva sus consecuencias para el caso de incumplimiento resulta que el efecto que es lo accesorio, absorbe a lo principal y lo desplaza”*. Añadiendo que *“la CSJN ha declarado que el Congreso puede sancionar normas de carácter procesal que involucren o afecten facultades locales cuando sea necesario para asegurar la naturaleza sustancial de la obligación. Cuando las costas superan el valor real del juicio o la proporción de lo razonable, la obligación que es regulada por la ley del Congreso, -tal como establecen el Código Civil y otras leyes de fondo- termina siendo desvirtuada y desnaturalizada”*.⁴

En igual sentido señaló el mismo legislador y ex presidente de la Nación que *“en el sistema de responsabilidad previsto por el Código Civil la regla de responsabilidad del deudor incluye en materia contractual las consecuencias mediatas y necesarias (art. 520 del C. Civil) en materia extracontractual las consecuencias mediatas -debe leerse inmediatas- (art. 903), responsabilidad que se agrava en el caso de dolo abarcando entonces las consecuencias mediatas (art. 521 y 904). La observación de la realidad -agrega- demuestra que cuando la cuestión da lugar a un proceso al rubro capital de la cuenta indemnizatoria suele anexársele un monto de costas desproporcionado...”*. Más adelante concluye que *“Por eso en uso de las prerrogativas propias de la ley, resulta prudente determinar que la incidencia de los honorarios en el monto indemnizatorio no podrá exceder de un determinado porcentaje...el causante del daño podrá saber que, además de las consecuencias inmediatas, y en su caso mediatas, del incumplimiento obligacional o del hecho ilícito, su*

⁴ Antecedentes Parlamentarios, cit. pág. 42/43 parág. 87 y 88.

*responsabilidad por las costas estará acotada a parámetros coherentes con su carácter accesorio... No obstante, y guardando armonía con el sistema que ensancha la responsabilidad del deudor cuando incurre en incumplimiento malicioso, o en dolo, tales situaciones no deben estar comprendidas en ese límite y, por lo tanto, en ellas el deudor ha de soportar la totalidad de los gastos causídicos”.*⁵

“Las facultades del Congreso para dictar normas procesales cuando sea pertinente establecer ciertos recaudos de esa índole a fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo.”⁶ Aunque las intenciones de la norma eran claras, surgieron inquietudes sobre su aplicación y efectos. El debate se centró en si la limitación de los honorarios y costas se aplicaba únicamente a los demandados perdedores o también a los actores que resultaron derrotados en el juicio. Además, se discutió sobre si esta limitación se aplicaba solo en procesos judiciales y arbitrales o si también tenía implicaciones extrajudiciales.

El alcance del Artículo 730 se puede caracterizar de la siguiente manera:

- La limitación se aplica en casos de procesos judiciales o arbitrales, no en asuntos extrajudiciales.
- Los honorarios profesionales correspondientes a la parte condenada en costas no están sujetos al prorrateo y no se consideran en el límite del 25%.
- El planteo del prorrateo debe ser solicitado por el deudor.
- El límite del 25% se refiere solo a los honorarios regulados en primera o única instancia.

Este porcentaje engloba los honorarios de abogados, procuradores y auxiliares, y se basa en el monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que pone fin al litigio.

En esencia, el Artículo 730 busca establecer un marco equitativo y razonable para la imposición de costas y honorarios en procesos judiciales y arbitrales relacionados con incumplimientos obligacionales. No obstante, las dudas y debates en torno a su aplicación demuestran la complejidad de encontrar un equilibrio entre los derechos de las partes involucradas y los objetivos de acceso a la justicia y reducción de costos procesales.

IV.- Relación con la ley de contrato de trabajo

En el ámbito jurídico argentino, se ha establecido una conexión relevante entre el Artículo 277 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) y el Artículo 730 del Código Civil y Comercial (CCyC), suscitando debates y reflexiones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La similitud sustancial entre ambas disposiciones, marcada por la fijación de un límite de honorarios, ha generado interrogantes sobre su aplicabilidad y, particularmente, sobre la posible inconstitucionalidad del Artículo 277 de la LCT.

“La ley 24.432 tuvo por objeto disminuir los costos de los procesos judiciales y no solo modificó el art. 277 de la LCT, sino también los arts. 505, 521 y 1627 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, los arts. 77 y 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. e, incluso la ley arancelaria, esto es la ley 21.839 hoy derogada y sustituida por ley 27.423.”⁷

La incorporación del Artículo 277 de la LCT, que establece el tope de honorarios del 25%, proviene de la Ley 24.432 de Honorarios Profesionales, siendo un reflejo de la

⁵ Ob. Cit. loc. cit, parág. 90 y 90 bis, pa. 43/44

⁶ PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", 2ª. Ed. Abeledo Perrot 1990, T. I, pág. 45.

⁷ PAWLOWSKI de Pose, Amanda L. "La validez constitucional del prorrateo impuesto por el art. 277 de la LCT", *DT2019 (diciembre)*, 199, *TR LALEY AR/DOC/3965/2019*.

norma consagrada en el Artículo 730 del CCyC. Este paralelismo ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a considerar que ambos artículos son análogos en esencia y finalidad.

La discusión sobre si la aplicación del Artículo 730 del CCyC puede extenderse al Artículo 277 de la LCT ha cobrado relevancia en la jurisprudencia y en el análisis legal. Un caso emblemático que planteó esta cuestión es el fallo "MACHUCA, YOHANA MARIBEL c/TELECOM ARGENTINA S.A. s/DESPIDO LABORAL"⁸. En este caso, la parte demandada argumentó a favor de la aplicación del tope de honorarios y el prorrateo correspondiente, generando un debate en torno a su idoneidad. Se resaltó la problemática que representaría para los honorarios del litigante vencedor, no así para los honorarios del abogado de la parte derrotada.

Un sector de la jurisprudencia ha planteado la vía de declarar la inconstitucionalidad del Artículo 277 de la LCT como método para evitar su aplicación. No obstante, este enfoque requiere una fundamentación sólida y exhaustiva, considerando que el Derecho Laboral en Argentina está caracterizado por normativas de orden público. Esto implica que la declaración de inconstitucionalidad debe ser una medida de último recurso, aplicable solo cuando no existan alternativas viables dentro del marco legal laboral.

En el ya mencionado fallo, se declaró la inconstitucionalidad tanto del Artículo 730 del CCyC como del Artículo 277 de la LCT, específicamente en cuanto a la limitación del 25% para el pago de costas procesales. El juez argumentó que ambas disposiciones vulneran derechos fundamentales, como el derecho a la propiedad y a una retribución justa por el trabajo profesional. Además, se enfatizó que esta limitación podría resultar en una carga desproporcionada para el trabajador o la parte ganadora del litigio, y en una restricción injusta para el abogado.

En virtud de ello, la relación entre el Artículo 277 de la LCT y el Artículo 730 del CCyC ha generado debates sobre su similitud y aplicabilidad. La jurisprudencia ha explorado distintos enfoques, desde la consideración de la inconstitucionalidad hasta la discusión sobre la posible aplicación de límites en honorarios y costas en el ámbito laboral.

V.- Oportunidad para aplicar el límite de costas

Un aspecto adicional que suscita debate se relaciona con el momento propicio para determinar la cantidad por la cual el condenado será responsable en concepto de costas procesales, dado que la normativa no especifica cuándo debe establecerse. La incertidumbre gira en torno a si la determinación debe realizarse durante la etapa de ejecución de los honorarios, o si debe aplicarse en el momento de su determinación inicial. Esta controversia ha sido objeto de análisis en el fallo "Aguasol SA c/ Transportadora de Caudales Juncadella SA s/ Cumplimiento de Contrato y Daños y Perjuicios".⁹

Esta cuestión deja abierta la interrogante sobre si el límite de costas puede ser reclamado cuando no se planteó en primera instancia. Surge la inquietud de si es factible solicitar dicho límite al oponer excepciones. En este punto, la doctrina también se halla dividida. Un sector argumenta que el condenado debe solicitar el

⁸ Expte. n° 95967/13 – "Machuca Yohana Maribel c/ Telecom Argentina S.A. s/ despido (laboral)" - JUZGADO LABORAL N° 2 DE CORRIENTES (CORRIENTES) - 10/07/2018

⁹ Aguasol S.A. c/Transportadora de Caudales Juncadella S.A. s/Cumplimiento de Contrato y Daños y Perjuicios.

prorrateso en la etapa inicial, previa a la ejecuci3n de los honorarios. En contraposici3n, otros sostienen que esta solicitud debe realizarse al requerir la ejecuci3n de los honorarios. En este 3ltimo caso, el reclamo se limitar3a al 25% de los honorarios, considerando que el prorrateso ya habr3a sido aplicado. Es importante resaltar que el juez no puede aplicar este l3mite de oficio, ya que esto implicar3a reconocer un derecho al condenado en costas que no ha sido invocado en el caso concreto. Por tanto, el deudor debe presentar esta solicitud para que el juez proceda a su aplicaci3n, sujeta a los t3rminos establecidos por la norma en an3lisis.

Podr3a argumentarse que no existe obst3culo alguno para determinar el l3mite legal en la primera instancia o al oponer excepciones, dado que ni el C3digo Civil y Comercial de la Naci3n (CCyCN) ni las leyes locales regulan expresamente esta cuesti3n. La falta de claridad normativa contribuye a esta discrepancia sobre el momento adecuado para la aplicaci3n del l3mite de costas.

Por ello, la incertidumbre sobre cu3ndo se debe determinar el monto por el cual el condenado ser3 responsable en costas ha generado un debate entre las distintas corrientes jur3dicas. La ausencia de regulaci3n expresa en el CCyCN y las leyes locales ha dejado espacio para interpretaciones diversas y plantea la necesidad de considerar factores como la etapa procesal en la que se efect3a el reclamo y la invocaci3n del derecho por parte del deudor.

VI.- 3Tope de costas o tope de honorarios?

El art3culo 730 del C3digo Civil y Comercial de la Naci3n, en su segundo p3rrafo, dispone que *"Si el incumplimiento de la obligaci3n, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, all3 devengados y correspondientes a la primera o 3nica instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacci3n o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe proceder a prorratesar los montos entre los beneficiarios. Para el c3mputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas."*¹⁰

Este 3ltimo p3rrafo incorpora el l3mite de costas establecido por la Ley 24.432, el cual sugiere que, en casos de litigios motivados por el incumplimiento de obligaciones del deudor, si el acreedor decide recurrir a procesos judiciales o arbitrales para obtener la satisfacci3n de sus derechos, se establece un l3mite en la responsabilidad del deudor en relaci3n al pago de las costas.

Dentro de esta perspectiva, un sector de la jurisprudencia ha aplicado el prorrateso de los honorarios profesionales al momento de regular los honorarios, lo que resulta en una disminuci3n de dichos honorarios por debajo de los m3nimos establecidos en las leyes de honorarios profesionales. En este contexto, es importante subrayar que la norma no modifica la imposici3n de costas, sino que impone un tope a la extensi3n de la responsabilidad del perdedor en costas. Los jueces determinar3n los honorarios profesionales seg3n la ley arancelaria local, bas3ndose en la sentencia, laudo o transacci3n que ponga fin al litigio.

¹⁰ Art. 730 – C3digo Civil y Comercial de la Naci3n.

No obstante, otro sector de la jurisprudencia ha ampliado la interpretación, sosteniendo que el fundamento es limitar al 25% del monto de condena tanto las costas como los gastos judiciales. La Sala Civil de Buenos Aires ha considerado que la condena en costas abarca los honorarios profesionales de abogados, peritos y auxiliares, a pesar de que el legislador haya diferenciado expresamente costas y honorarios.

Esta interpretación puede derivar en una limitación de los honorarios más que de las costas, lo que afecta directamente las remuneraciones de los abogados. Como respuesta, algunos jueces han reducido los honorarios de los abogados representantes de la parte condenada en costas para contrarrestar esta disminución. Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones Civil, en el caso "Mendy Susana Beatriz c/ Goretti Comolli Guido y otros", ha resuelto que se limita la responsabilidad del condenado en costas y no los honorarios profesionales. En consonancia con esta línea de pensamiento, el abogado tiene derecho a cobrar sus honorarios de su cliente en base al contrato entre ambas partes. La condena en costas, por lo tanto, impone una obligación de reembolso de gastos al vencedor, lo que evita que pueda recuperar completamente los gastos en que incurrió.

En otro ámbito, la provincia de Buenos Aires ha atribuido carácter de orden público a todo el cuerpo normativo de su ley provincial 14.967 y la provincia de Córdoba tiene en vigor su código arancelario Ley 9459, en contraste con el ámbito nacional que lo atribuye solo a los honorarios profesionales. Esto garantiza el derecho del abogado a no ver menguada su remuneración por el tope establecido.

"Cuando la víctima, vencedora en el proceso, se gasta la indemnización —o parte de ella— en pagar costas del juicio, algo no funciona bien, la injusticia se pone de manifiesto y claramente se vulnera el principio de reparación integral (art. 19 CN y art. 1740 Cód. Civ. y Com.), es lo que lamentablemente ocurre en la mayoría de los casos a partir de la aplicación lisa y llana del art. 730 Cód. Civ. y Com. Una cosa es comprender y aceptar que el alcance de la indemnización es el previsto por el ordenamiento jurídico conforme a las reglas de la causalidad (arts. 1726, 1727 y 1728 ss. y cc. Cód. Civ. y Com.), pero otra muy distinta es que, una vez determinada esa indemnización en la sentencia, se le meta la mano en el bolsillo a la víctima para pagar las costas que el legislador decidió "perdonarle" al vencido en el proceso. El art. 730 Cód. Civ. y Com. no limita el monto de las costas para ambas partes, sino que direcciona la presión de un lado hacia otro, siendo en definitiva la víctima quien debe salir a pagar lo que queda fuera del prorrateo y sin posibilidad de repetir contra el condenado en costas, lo que implica una clara violación del derecho a la igualdad (art. 16 CN). Esto no resiste el menor análisis de justicia y además choca de bruces con el principio constitucional de reparación integral (art. 19 CN)."¹¹

En última instancia, se observa que el artículo 730 del Código Civil y Comercial, a pesar de su incorporación en la ley de fondo, conserva su naturaleza procesal. Por tanto, su último párrafo puede ser objeto de críticas en relación a su constitucionalidad.

¹¹ RODRÍGUEZ, Jorgelina L, "El principio constitucional de reparación integral, ¿es compatible con el prorrateo de costas establecido en el art. 730, Cód. Civ. y Com.?", RCCyC 2023 (junio), 154. TR LALEY AR/DOC/317/2023.

VII.- Inconstitucionalidad del artículo 730

La introducción del segundo párrafo del artículo 730 en el Código Civil y Comercial ha suscitado un debate en la doctrina y la jurisprudencia respecto a su constitucionalidad. Divergentes posturas han surgido en torno a si esta enmienda resulta contraria a los derechos garantizados por la Constitución Nacional, principalmente el derecho a la propiedad y a una retribución justa por el trabajo, considerando que el trabajo del profesional se presume oneroso y de carácter alimentante. Dentro de los sectores que cuestionan la constitucionalidad del artículo en cuestión, se sostiene que este podría vulnerar los artículos 14 bis y 17 de la Carta Magna. Se alega, además, que el Congreso Nacional ha invadido competencias reservadas a las provincias, al legislar sobre cuestiones procesales y no de fondo, en virtud del artículo 121 de la Constitución Nacional. En este sentido, argumentan que la mera intención de garantizar el acceso a la justicia no es suficiente para imponer limitaciones a los honorarios de los profesionales.

“La ley 24.432 (hoy artículo 730 del Código Civil y Comercial), de protección a los deudores, y el derecho positivo que garantiza por un lado la integridad de la remuneración generada por la labor profesional (artículos 14 de la Carta Magna, 1, 8 y 49 de la ley 21.839 y 11 de la ley 5134 de CABA, sin ir más lejos), y por otro, la intangibilidad de la reparación por los daños causados (la prescripción del artículo 1740 del Código nuevo es categórica)... Descriptas así las cosas, pocas dudas pueden caber en orden a la solución a adoptarse, porque ella sobreviene sola, como derivado directo de los principios, derechos y garantías consagrados por los artículos 14, 14 bis, 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional.”¹²

Este debate adquiere relevancia en casos como "CUCCI, ALBERTO LUIS C/ RODRIGUEZ, JORGE EDUARDO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"¹³, donde el voto mayoritario estableció que los honorarios de los profesionales podrían verse afectados por la limitación establecida en el artículo 730, lo que atentaría contra el derecho de propiedad y el carácter alimentante de sus remuneraciones. *“Por aplicación de lo dispuesto por el art. 730 del Código Civil y Comercial de la Nación, las partes condenadas en costas se encontrarían exentas de abonar lo que exceda del 25% del monto de la sentencia y, como lógica consecuencia, los letrados ahora apelantes, quienes trabajaron y cuya retribución fue fijada conforme a las pautas arancelarias vigentes, verían mermados sus ingresos en virtud de la limitación establecida, lo que claramente atenta contra el derecho de propiedad y el carácter alimentario de los estipendios.”*¹⁴

El voto mayoritario de los jueces que integran la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señalaron en primer lugar que *“el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, según ley 26.994, reproduce en el art. 730 la solución incorporada al Código derogado mediante la ley 24.432, que impone un límite al pago de las costas del pleito, judicial o arbitral, derivado del incumplimiento del deudor.”*¹⁵

¹² URE, Carlos E., “Límites para la responsabilidad por costas. Artículo 730 del Código Civil y Comercial”, LA LEY 01/04/2016, 5 - LA LEY 2016-B, 389, TR LALEY AR/DOC/528/2016.

¹³ Expte. 56296/2014 CUCCI, ALBERTO LUIS c/ RODRIGUEZ, JORGE EDUARDO Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRAN. SIN LESIONES) Poder Judicial de la Nación CAMARA CIVIL - SALA D.

¹⁴ Dr. Jorge Oscar Rossi - Pago de honorarios sin topes: Inconstitucionalidad del art. 730 CCC - <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/derecho-procesal/pago-de-honorarios-sin-topes-inconstitucionalidad-del-art-730-ccc/>

¹⁵ Conf. Marquez, José Fernando en "Código Civil y Comercial", dirigido por el Dr. Ricardo Lorenzetti, páf. 27

En este contexto, se plantean diversas argumentaciones. Por un lado, se sostiene que la limitación no representa una restricción al derecho de propiedad cuando está acotada al monto por el cual procede la demanda. También se señala que la normativa no afecta el principio de reparación plena, ya que se limita al daño resarcible que debe asumir el deudor, como sostiene parte de la doctrina al afirmar que el artículo 1740 y el artículo 730 del CCyC son contradictorios, debiendo prevalecer el primero en caso de conflicto.

“La reparación plena o integral es uno de los pilares fundamentales sobre los que se erige nuestro sistema de responsabilidad por daños, y supone la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y su reparación. Por eso, cuando alguien ha sufrido un perjuicio, ya sea este patrimonial o moral, debe percibir una indemnización que le permita que el estado de cosas actual sea razonablemente coincidente con el estado en que se encontraba antes de sufrir el daño. Lo que se persigue, entonces, es suprimir los efectos nocivos del suceso dañoso, de la manera más completa posible.”¹⁶

A nivel local, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba ha declarado la inconstitucionalidad del tope de costas, considerando que afecta el acceso a la justicia y el derecho a una retribución digna. En este sentido, se argumenta que la normativa no solo contraviene aspectos teleológicos del cuerpo normativo en cuestión, sino que también vulnera derechos de raigambre constitucional.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Abdurraman, Martín c/ Transportes Línea 104 S.A. s/ accidente ley 9688 (Fallos: 332:921)"¹⁷, se ha expresado a favor de la constitucionalidad del artículo, sosteniendo que la norma no viola el derecho de igualdad ni el derecho de propiedad, sino que busca disminuir los costos procesales y los índices de litigiosidad, asegurando una satisfacción razonable de las costas del proceso sin convalidar excesos o abuso.

En este contexto, se suscitan divergentes interpretaciones en relación con la inconstitucionalidad del artículo 730 CCyCN. Mientras algunos fallos han considerado que la limitación atenta contra los derechos de los profesionales y el acceso a la justicia, otros argumentan que la norma busca equilibrar costos procesales y que no afecta el derecho de propiedad ni la reparación plena de la víctima.

Es importante recordar que, si bien la Constitución Nacional establece ciertas garantías, en ocasiones, la aplicación de las leyes puede derivar en situaciones que vulneren injustamente dichas garantías. En tales casos, el sistema jurídico prevé mecanismos procesales para plantear estos cuestionamientos y llevarlos a instancias judiciales superiores para su resolución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como máxima autoridad judicial del país, tiene la responsabilidad de evaluar la constitucionalidad de las leyes y tomar decisiones en función de la normativa vigente y la protección de los derechos fundamentales.

¹⁶ SAPPÍA, M. Candelaria y MÁRQUEZ, José F., "La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de CCyC 2012", RCyS 2013-IX, p. 121, citados por CAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Infojus, t. IV, p. 486, consultado en internet en fecha 03/09/2022, disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/Cód. Civ. y Com._Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf.

¹⁷ Expediente N° CNT 5726/2012/CA2 SENTENCIA INTERLOCUTORIA 48.945 AUTOS: "BASANTE FRANCISCO C/ AMERICAN PLAST S.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE - ACCION CIVIL " (JUZGADO N° 75) PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA V.

Esta controversia revela interpretaciones divergentes sobre la inconstitucionalidad del artículo 730. Mientras algunos alegan que la limitación perjudica a los profesionales y al acceso a la justicia, otros opinan que busca equilibrar costos sin afectar derechos fundamentales. Aunque la Constitución garantiza ciertos derechos, la aplicación de leyes puede en ocasiones vulnerarlos, lo que lleva a desafíos legales. La Corte Suprema, como última instancia, decide sobre la constitucionalidad de leyes y protección de derechos fundamentales en base a la normativa vigente.¹⁸

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en el caso Lagorio vs. Demicheli¹⁹ argumenta que la aplicación del límite del 25% establecido en el artículo 730 del CCC en este caso específico sería inconstitucional. Esto se debe a que este límite violaría los principios de acceso a la justicia y propiedad, y crearía una desigualdad entre las partes del juicio. Además, se destaca que la legislación provincial respalda la vigencia de los mínimos arancelarios, lo que refuerza la posición de que la norma debe ser considerada inconstitucional en esta situación.

En relación al caso Ecurra C/ Ferreyra²⁰, de la localidad de Villa María Córdoba, se ha determinado que la aplicación del artículo 730 del Código Civil y Comercial (CCyC) depende de la ausencia de dolo (o culpa grave) por parte del deudor de la obligación. Este análisis no se limita al momento del incumplimiento, sino que abarca también las etapas posteriores. En otras palabras, el incumplimiento se considera malicioso cuando el deudor, a pesar de tener la capacidad para cumplir, muestra una indiferencia evidente hacia las consecuencias perjudiciales. Por lo tanto, se rechaza la solicitud de aplicar el artículo 730 del CCyC en este caso específico.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén ha emitido una resolución importante en un caso laboral en el que reafirma su posición histórica sobre la inconstitucionalidad del límite de responsabilidad por costas establecido en la ley nacional 24.432. A lo largo de los años, el tribunal ha mantenido que esta ley invade la competencia legislativa provincial en cuanto a la regulación de honorarios y costas procesales. El tribunal sostiene que las costas judiciales son un asunto procesal y que, según la distribución de competencias establecida en la Constitución Nacional, corresponde a las provincias legislar sobre normas de procedimiento y administración de justicia.

En este sentido, declararon inconstitucionales ciertos artículos de la ley 24.432 en procesos judiciales de la provincia. En el pasado, hubo casos en los que se interpretó que la ley provincial 2933 incorporaba ciertos límites de costas de la ley nacional 24.432 en casos laborales. Sin embargo, el tribunal reconsideró esta interpretación en el caso "Yáñez"²¹ y estableció que la ley provincial solo incorpora ciertas disposiciones relacionadas con honorarios profesionales, pero no adhiere al límite de responsabilidad por costas. En cuanto al control de la proporcionalidad de las costas, el tribunal ha aplicado la doctrina de la confiscatoriedad, que considera excesivas aquellas condenas en costas que superen el 33% del monto de la condena

¹⁸ Dr. Jorge Oscar Rossi - CSJN: El art. 730 del Código Civil y Comercial es constitucional - <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/constitucional/csjn-el-art-730-del-codigo-civil-y-comercial-es-constitucional/>

¹⁹ LAGORIO, JORGE ALBERTO C/ DEMICHELI, FEDERICO OSVALDO Y OTRO - EJECUTIVO - COBRO DE HONORARIOS - EXPTE. 7106838 - TJS

²⁰ ESCURRA, GRACIELA BEATRIZ C/ FERREYRA, DANIEL JOSE (HOY SUS SUCESORES) -ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - ACCIDENTES DE TRANSITO - TRAM ORAL" (Expte. N° 10758760) - VILLA MARIA

²¹ YAÑEZ, Sergio Alberto c. Prevención ART S.A. s/ Accidente de trabajo con ART - 05/02/2021 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén

principal a cargo del vencido. Esto garantiza un equilibrio entre los costos del proceso y el acceso efectivo a la justicia. En conclusión, la resolución del tribunal unifica la postura sobre las costas procesales y reafirma la autonomía legislativa de la provincia del Neuquén en materia procesal. Se busca proteger los honorarios de los abogados y garantizar un acceso efectivo a la justicia, sin aplicar los límites de costas de la ley nacional 24.432 en procesos locales.²²

En la causa caratulada “L., J. A. c. G., J. M. s/ daños y perjuicios - 24/02/2015”²³, la citada en garantía y la demandada, condenadas en costas en una acción de daños, dedujeron recurso de apelación contra la resolución que admitió el planteo de la abogada de la actora y de los peritos y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 24.432 que modificó el art. 505 del Código Civil. Apelado el decisorio, la Cámara lo revocó. La sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 24.432 que modificó el art. 505 del Código Civil debe revocarse en tanto la limitación contenida en la norma no importa la restricción del derecho de propiedad, sino más bien una distribución equitativa del mayor costo en el litigio, máxime cuando el temperamento legal se renovó en el mismo sentido en el último párrafo del art. 730 del Código Civil y Comercial de la Nación de próxima entrada en vigencia.

En los autos caratulados “Livorsi, Graciela c. Provincia ART S.A. s/ Accidente”²⁴, se declara la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley 24.432 en la provincia de Mendoza, ya que excedió la jurisdicción legislativa de la provincia y afecta derechos constitucionales como los protectores y de propiedad. No se aplican los artículos 730 del Código Civil y Comercial ni el artículo 277 de la Ley de Contrato de Trabajo en el caso, ya que no se generan obligaciones de pago para la aseguradora de riesgos de trabajo con el abogado del juicio laboral. El artículo 277 de la Ley de Contrato de Trabajo debe ceder a la Ley 27.348, que regula el pago de honorarios a los abogados del trabajador de acuerdo con las leyes arancelarias locales.

“Sin lugar a duda, es deber de los jueces y abogados bregar por su justa aplicación o por la eventual declaración de su inconstitucionalidad, a fin de que no queden configuradas desigualdades indeseadas e incompatibles con el sendero que transitamos los profesionales del derecho: el de la justicia.”²⁵

VIII.- Prorratio en la retribución del mediador

El artículo 730 del Código Civil y Comercial plantea el escenario de incumplimiento de una obligación y la obtención de una sentencia que ponga fin al conflicto, estableciendo un monto de condena sobre el cual se aplicará un límite del 25%. Dentro de este contexto, el juez debe regular los honorarios de abogados, peritos y otros auxiliares dentro de ese porcentaje. Sin embargo, la jurisprudencia en la provincia de Córdoba ha dictaminado que este límite no se aplica si la demanda es rechazada. En tales casos, la regulación de honorarios para el abogado de la parte

²² CONTRERA, Gabriel A. - Imaz, Joaquín A.- “Jurisprudencia del TSJ del Neuquén en materia de límites a la responsabilidad por costas. Un repaso a la luz del fallo “Yáñez””. Publicado en: LLPatagonia 2021 (mayo).

²³ “L., J. A. C. G., J. M. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - 24/02/2015” – Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil, Sala I

²⁴ “LIVORSI, GRACIELA C. PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE - 18/06/2020” - Cámara 2a del Trabajo De Mendoza

²⁵ CAIRO, Silvina - HITTERS, Juan Manuel, “El límite de la responsabilidad en materia de costas. El art. 730 del CCiv.yCom. (y el art. 277 de la LCT)” *SJA 08/02/2017, 20* - TR LALEY AR/DOC/5047/2016.

actora queda excluida del límite del 25%, permitiéndose la búsqueda de recuperar el monto restante directamente del cliente.

Un aspecto importante es la posibilidad de que la parte condenada en costas y el abogado de la parte demandante acuerden los honorarios de este último. Esta situación, según la doctrina legal de la Suprema Corte, puede perjudicar a otros beneficiarios de las regulaciones de honorarios incluidas en la condena en costas. Por lo tanto, se ha sostenido que la suma establecida para el abogado de la parte demandante debería excluirse del monto a prorratear.

Es crucial aclarar que el límite del 25% no se aplica a los honorarios del abogado de la parte condenada en costas. Esto se refiere específicamente a los honorarios regulados en primera instancia, excluyendo aquellos relacionados con instancias posteriores o incidentes resueltos durante el proceso.

Además, los honorarios del mediador no están comprendidos en el límite porcentual establecido en el artículo 730. La labor del mediador se lleva a cabo en la etapa extrajudicial y no como auxiliar de justicia en el litigio judicial o arbitral. Estos honorarios son regulados previamente y se determinan legalmente a través de reglamentaciones, tal como lo dispone el artículo 27 del Decreto Reglamentario de la Ley 13.951, y la ley de mediación 10.543. Esto implica que los honorarios del mediador no pueden ser amparados en el artículo 730.

La ley de mediación cordobesa establece un mecanismo alternativo de resolución de conflictos previo al litigio judicial. En este contexto, los honorarios del mediador se generan previamente y no durante el proceso judicial, como establece el artículo 730 para quienes participan en el proceso judicial o arbitral. Por lo tanto, el artículo 730 no es aplicable a los honorarios del mediador debido a la fijación objetiva de su retribución en la etapa extrajudicial. El marco normativo vigente para los honorarios de los mediadores es la Ley n° 10.543, específicamente en su art. 24 establece: *"Honorarios. Artículo 24.- Los mediadores y las partes pueden acordar libremente los honorarios por la tarea desempeñada en la mediación. De no existir convenio, son de aplicación las siguientes disposiciones: 1) Si se hubiere arribado a un acuerdo: a) En los asuntos con monto determinado, el cuatro por ciento (4%) sobre el monto del acuerdo, no pudiendo exceder de la cantidad de cien (100) Jus. En ningún caso puede ser inferior a un (1) Jus por parte, por reunión, y b) En los asuntos con monto indeterminado, cuatro (4) Jus por cada reunión. 2) Si no hubiere acuerdo, dos (2) Jus por parte en la primera reunión y un (1) Jus por parte en las siguientes, no pudiendo exceder de la cantidad de cinco (5) Jus por parte, y 3) Si no pudiere llevarse a cabo el proceso de mediación por inasistencia injustificada de una de las partes, de uno coma cincuenta (1,50) Jus. Los montos y topes establecidos en la presente Ley se entienden fijados en conjunto para ambos mediadores y son abonados en igual proporción por las partes intervinientes, salvo convención en contrario o que así lo disponga expresamente la presente normativa. La retribución por la actividad profesional desempeñada debe ser abonada en el acto de darse por concluido el proceso de mediación, haya o no acuerdo. En este último supuesto y en los casos de mediaciones realizadas por derivación de un Juez, los honorarios que se hubieren abonado integrarán la eventual condena en costas. En el supuesto del inciso 3) de este artículo, en los casos de mediación penal y cuando se hubiera otorgado el beneficio de mediar sin gastos, los honorarios de los mediadores están a cargo del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, de la forma en que lo determine la reglamentación."*

No obstante, en el fallo "Corporacion Medica de General San Martin S.A. vs. Vansal S.A."²⁶, se adoptó una postura diferente. El tribunal consideró que los honorarios del mediador deben estar incluidos en el límite del 25% establecido en el artículo 730, a pesar de que exista un decreto específico que regula sus honorarios. La decisión se basó en que no había argumentos suficientes para excluirlos del límite establecido en el mencionado artículo.

En conclusión, la cuestión del prorrateo de honorarios en el contexto del artículo 730 del CCyC no solo puede involucrar a los abogados y peritos, sino también a los honorarios del mediador en casos de mediación extrajudicial. Las interpretaciones de la jurisprudencia y las decisiones judiciales han variado en torno a la inclusión de los honorarios del mediador en el límite del 25%, generando debate y distintos enfoques en esta materia.

IX.- Epílogo

En conclusión, tras analizar las diversas corrientes doctrinarias y la jurisprudencia relacionada con la limitación de costas establecida en el artículo 730 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), se evidencia que esta disposición ha dejado una serie de puntos ambiguos y sin definición clara. Estas lagunas han dado lugar a múltiples interpretaciones al momento de aplicar la limitación. Es plausible considerar que en casos específicos, la determinación de esta limitación podría ser considerada inconstitucional, ya que el CCyCN no especifica con exactitud qué rubros están incluidos en este prorrateo. ¿Se aplica únicamente a los honorarios devengados en primera instancia? Es claro que la materia afectada por el artículo 730 se refiere a los litigios, excluyendo los honorarios derivados de incidentes o instancias superiores. Además, podría argumentarse que se está concediendo un poder que las provincias no han delegado a la Nación, lo que podría afectar los preceptos de la Constitución Nacional.

El propósito del legislador al implementar esta limitación de costas fue facilitar el acceso a la justicia para personas con recursos económicos limitados. Sin embargo, la redacción de esta disposición ha dado lugar a diversas interpretaciones debido a su ambigüedad, como se refleja en fallos contrastantes de los máximos órganos judiciales, tanto a nivel provincial como nacional. En el ámbito provincial, el Tribunal Superior de Justicia ha interpretado que esta normativa viola derechos de propiedad y reparación plena, beneficiando a la parte condenada en costas en detrimento de la parte vencedora. En cambio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en el fallo "Abdurraman" que la norma es constitucional, ya que solo limita la responsabilidad de las costas del deudor.

En este contexto, el artículo bajo análisis, que replica el artículo velezano, parece estar lejos de reducir los costos del proceso judicial. Por el contrario, otorga ciertas ventajas al condenado en costas y puede llevar a una disminución de los honorarios de los profesionales involucrados. Sin embargo, no impide que el profesional pueda cobrar la totalidad de sus honorarios de su cliente.

Aunque el objetivo de mejorar el acceso a la justicia es loable, esta normativa parece no haber logrado una claridad suficiente, generando incertidumbres en su aplicación con respecto a cuestiones concretas, siendo uno de los puntos más destacados los honorarios de los profesionales. Estos honorarios son un derecho fundamental y su

²⁶ Corporación Médica de General San Martín s.a. Vs. Vansal s.a

disminución podría desequilibrar la justicia al alterar otros derechos protegidos por la Constitución Nacional. Además, se podría argumentar que esta limitación afecta el principio de reparación integral reconocido en el artículo 1740 de la Constitución Nacional, ya que podría recompensar de alguna manera al responsable de la alteración de derechos.

La resolución de estos dilemas dependerá de los dictámenes judiciales que se generen, los cuales podrían contribuir a aclarar las lagunas y vacíos que ha dejado el artículo 730 del CCyCN.

Cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho de acceso a la justicia no se satisface únicamente con una decisión judicial final en un proceso, sino que también implica que los participantes en el litigio puedan hacerlo sin temor a pagar sumas desproporcionadas o excesivas debido a su recurso a los tribunales.

X.- Jurisprudencia

Aguirre María Rosario y otro c/ Saenz Alberto Osbaldo y otros - 27-dic-2018 - Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil.

Aquasol s.a. C/transportadora de caudales Juncadella s.a. S/cumplimiento de contrato y daños y perjuicios.

Basante Francisco c/ American plast s.a. Y otro s/ accidente – acción civil “expediente N° cnt 5726/2012/CA2 sentencia interlocutoria 48.945 (JUZGADO N° 75) Poder Judicial De La Nación Cámara Nacional De Apelaciones Del Trabajo - SALA V.

Cucci, Alberto Luis c/ Rodriguez, Jorge Eduardo y otros s/daños y perjuicios expte. 56296/2014 - poder judicial de la nación camara civil - sala d.

Corporacion medica de General San Martin s.a. Vs. Vansal s.a

D'Assoro Rubén Alberto C/ Serra Miguel Y Otros - 11-Dic-2019 - Juzgado De Primera Instancia

ESCURRA, GRACIELA BEATRIZ C/ FERREYRA, DANIEL JOSE (HOY SUS SUCESTORES) -ABREVIADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - ACCIDENTES DE TRANSITO - TRAM ORAL" (Expte. N° 10758760) - VILLA MARIA

LAGORIO, JORGE ALBERTO C/ DEMICHELI, FEDERICO OSVALDO Y OTRO - EJECUTIVO - COBRO DE HONORARIOS - EXPTE. 7106838 - Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

“L., J. A. C. G., J. M. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - 24/02/2015” - Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil, Sala I

“LIVORSI, GRACIELA C. PROVINCIA ART S.A. S/ ACCIDENTE - 18/06/2020” - Cámara 2a del Trabajo De Mendoza

Machuca Yohana Maribel c/ Telecom Argentina s.a. S/ despido (laboral)" - expte. N° 95967/13 - juzgado laboral n° 2 de corrientes (corrientes) - 10/07/2018.

Mendy Susana Beatriz C/ Goretti Comolli Guido Y Otros - 25-Ago-2020 - Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil

Meher María Clara C/ Gobierno De La Ciudad Autónoma De Buenos Aires Y Otro - 17-Ago-2016 - Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil

Oudoukian Walter Javier C/ Betbeder Rubén Hernando - 1-Oct-2019 | Fallos | Cámara De Apelaciones En Lo Civil Y Comercial De Azul

Romero Ángel Fernando Y Otro C/ Arenera Villa Gesell 5-Dic - Cámara De Apelaciones En Lo Civil Y Comercial De Dolores

Sartori Luisina Cristela C/ Reyes Carlos Raúl Y Otros - 28-Feb-2018 - Cámara De Apelaciones En Lo Civil, Comercial Y Laboral De Gualeguaychú

Bibliografía

ARAZI, Roland. *"Aciertos y Comentario Crítico del Código Civil y Comercial"*, L.L., 2015-E, suplemento diario del 11 de Noviembre de 2015.

CAIRO, Silvina - HITTERS, Juan Manuel, *"El límite de la responsabilidad en materia de costas. El art. 730 del CCiv.yCom."* (y el art. 277 de la LCT)" SJA 08/02/2017, 20 - TR LALEY AR/DOC/5047/2016.

Contrera, Gabriel A. y Imaz, Joaquín A. *"Jurisprudencia del TSJ del Neuquén en materia de límites a la responsabilidad por costas. Un repaso a la luz del fallo 'Yáñez'."* Publicado en LLPatagonia 2021 (mayo).

FERRER, Adán Luis, *"Límite de la condena en costas"*, LLC2016 (agosto), 423. TR LALEY AR/DOC/1894/2016

LINO Enrique Palacio, *"Derecho Procesal Civil"*, 2ª. Ed. Abeledo Perrot 1990, T. I, pág. 45.

MÁRQUEZ, José Fernando. *"DECLARAN LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 730 DEL CCCN que exime a las partes condenadas en costas en lo que exceda el 25% del monto de la sentencia."* "Código Civil y Comercial," dirigido por el Dr. Ricardo Lorenzetti, pág.27. Fuente: <https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/4193-declaran-inconstitucionalidad-del-art-730-del-cccn-que-exime-partes>

PAWLOWSKI de Pose, Amanda L. *"La validez constitucional del prorrateo impuesto por el art. 277 de la LCT"*, DT2019 (diciembre), 199, TR LALEY AR/DOC/3965/2019.

RODRÍGUEZ, Jorgelina L, *“El principio constitucional de reparación integral, ¿es compatible con el prorrateo de costas establecido en el art. 730, Cód. Civ. y Com.?”*, RCCyC 2023 (junio), 154. TR LALEY AR/DOC/317/2023.

ROSSI, Jorge Oscar. *“Pago de honorarios sin topes: Inconstitucionalidad del art. 730 CCC”*. Fuente: <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/derecho-procesal/pago-de-honorarios-sin-topes-inconstitucionalidad-del-art-730-ccc/>

ROSSI, Jorge Oscar. *“CSJN: El art. 730 del Código Civil y Comercial es constitucional”*. Fuente: <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/constitucional/csjn-el-art-730-del-codigo-civil-y-comercial-es-constitucional/>

SAPPÍA, M. Candelaria y MÁRQUEZ, José F., *“La reparación integral del daño. Su consolidación en la Constitución, la doctrina, la jurisprudencia y en el Proyecto de CCyC 2012”*, RCyS 2013-IX, p. 121, citados por CAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Infojus, t. IV, p. 486, consultado en internet en fecha 03/09/2022, disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/Cód. Civ. y Com._Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf.

URE, Carlos E., *“Límites para la responsabilidad por costas. Artículo 730 del Código Civil y Comercial”*, LA LEY 01/04/2016, 5 - LA LEY2016-B, 389, TR LALEY AR/DOC/528/2016.

Doctrina Extranjera

Daño a la persona en la experiencia jurídica peruana y la importancia de la contribución de Pier Giuseppe Monateri

Por Carlos Antonio Agurto Gonzáles¹ y Juan Jesús Pablo Abanto²

Sumario: I.- El daño a la persona y la contribución de Pier Giuseppe Monateri. II.- El daño a la persona en el Perú y la influencia de Monateri. III.- Conclusiones. IV.- Bibliografía. V.- Referencias jurisprudenciales.

Resumen: Para los autores, la necesidad de comprender, reconocer y reparar el daño a la persona, especialmente en la modalidad de "daño al proyecto de vida" es fundamental, por lo que reconocen los aportes interpretativos de la cultura jurídica italiana, en especial de Pier Giuseppe Monateri, quien ha estudiado profundamente los daños al ser humano y se puede evidenciar los rastros de su pensamiento en el derecho nacional.

Abstract: For the authors, the need to understand, recognize and repair the damage to the person, especially in the form of "damage to the life project" is fundamental, so they recognize the interpretative contributions of Italian legal culture, especially Pier Giuseppe Monateri, who has deeply studied the damage to the human being and can evidence the traces of his thought in national law.

I.- El daño a la persona y la contribución de Pier Giuseppe Monateri

En el campo de la responsabilidad civil o derecho de daños, especialmente en materia de afectaciones al ser humano, destaca magistralmente los aportes de Pier Giuseppe Monateri. En efecto, desde 1984 con su notable libro *Il quantum nel danno alla persona*, el célebre comparatista y civilista piamontés ha estudiado y realizado diversos aportes en materia de derecho de daños. Esta obra se constituyó en una de las primeras

¹ Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política - Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Universidad de Lima y Universidad Antonio Ruiz de Montoya.

Ha sido Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil peruano.

Post Doctor en Derecho y Nuevas Tecnologías, Universidad Mediterránea di Reggio Calabria (Italia).

Doctor en Derecho, Universidad de Turín (Italia).

Magíster por la Universidad de Bolonia (Italia).

Abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² Asistente de docencia de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Palabras clave: Daño a la persona - daño al proyecto de vida - daño biológico - reparación.

Keywords: Damage to the person - damage to the life Project - biological damage - reparation.

búsquedas en la doctrina de parámetros para la reparación de los daños a la persona que ha tenido una repercusión internacional, ya que profundizó en el problema de la valoración del daño, comprendido como la cuantificación de la pérdida sufrida y el monto de la reparación.

Para Monateri, el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipologías de daños, considerados como reparables: a) El daño a la salud psicofísica con reflejos pecuniarios: en tanto lesiones a la persona que se componen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna forma, repercusiones en los ingresos futuros de la víctima del daño; b) Los daños a la salud psicofísicas independientes de reflejos pecuniarios: constituidos por lesiones a la persona que se evidencian en una serie de lesiones psicofísicas individuales y, por ende, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito del sujeto; c) Daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna forma, tienen una influencia negativa en el rédito monetario de la víctima; d) Daños por sufrimientos independientes de las consecuencias pecuniarias: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no se configuran en consecuencias monetarias negativas .

Es también notable la contribución del profesor Pier Giuseppe Monateri en el sostenimiento del daño existencial. En efecto, los trabajos de Monateri se caracterizan por una aproximación al daño existencial que no postula el carácter de macro-categoría de esta voz de daño, que necesariamente englobe el daño biológico, al cual considera que se pone al lado del perjuicio existencial, incluyendo cualquier daño de género no-económico, comprendidas las eventuales repercusiones en orden psíquico confinadas más allá de consecuencias por enfermedad.

De este modo, bajo el influjo del pensamiento de Monateri se diseñó un cuadro normativo funcional a la reacción de toda agresión injusta al sujeto. El daño existencial se desvincula de las limitaciones tradicionales del artículo 2059 del Código Civil italiano, y se distingue también del “daño moral por delito” (producto de la conjugación del art. 2059 del CC y el art. 185 del CP italiano). Se concibe el daño existencial como un perjuicio en la esfera del “hacer” y del “sentir” del sujeto, en tanto “suma de repercusiones relacionales de signo negativo” vinculada a la lesión injusta de un interés de la víctima, mientras que el daño moral por delito se configura como la “suma de repercusiones relacionales de signo negativo”, vinculada a la lesión injusta de un interés de la víctima que se relaciona al tipo de conducta desarrollada por el que ocasiona el daño.

En el pensamiento de Monateri, el daño existencial se introduce en un particular recorrido evolutivo, cuyo tratamiento se encuentra en el sistema reparatorio de un esquema normativo bipolar (arts. 2043-2059 del CC italiano) hacia un modelo mono-normativo en el que todos los perjuicios no patrimoniales podrían resultar reparables dentro del formante de la injusticia.

Consecuentemente, el daño existencial es concebido bajo dos diversas perspectivas: de un lado, la de la inmediata aplicación práctica, en la cual se atiende a los límites del sistema reparatorio en que se presentan. Este no desarrolla solamente una función puramente descriptiva, sino absuelve una necesidad del ilícito civil, poniéndose a lado, en una lógica diáfana, de la categoría del daño biológico y del daño moral e interactuando con los mismos, sobre todo en las hipótesis de cuantificación del daño en un sistema de puentes intercomunicados; por otro lado, la perspectiva futura, en que no se excluye que este supuesto de hecho de daño (sino también el daño biológico y el mismo daño moral) pueda transformarse en una figura de daño necesaria en el sistema del ilícito civil como categoría descriptiva de algunas particulares tipologías de perjuicio no económico, óptima para valorizar todos los perjuicios sufridos por la víctima.

Importante es también el aporte de Monateri para el estudio del daño psíquico. De acuerdo con el profesor de la Universidad de Turín, esta voz de daño a la persona puede ser comprendida en dos diversas acepciones: una primera como consecuencia del daño físico, o, en segundo lugar, como daño psíquico en sentido autónomo que prescinde del daño físico.

Respecto a su fundamento normativo, la reparación autónoma del daño psíquico encuentra su base en el artículo 32 de la Constitución italiana que tutela el derecho a la salud. En tal sentido, el daño psíquico es un daño a la salud, reparable en los mismos casos de reparación de este tipo de daño, pero considerado autónomo respecto a las lesiones físicas ocasionadas en la víctima.

También en la comprensión del mobbing o daño a la persona en el ámbito laboral, es valiosa la contribución de Pier Giuseppe Monateri. Para nuestro autor, es considerado como un fenómeno social que encuentra su epicentro en el mundo del trabajo y que es precisamente el instrumento de la responsabilidad civil que se demuestra como el más adecuado para afrontar los casos de mobbing. Consiste en alteraciones psíquicas, situaciones peyorativas comprobables en las condiciones de existencia de la persona (MONATERI, et al., 2000, p. 2 y ss.).

Para MONATERI es necesario que en el mobbing: 1) se produzca la lesión de una posición subjetiva protegida del trabajador, 2) debe ser producida por culpa o dolo y 3) provoque un daño al trabajador. En tal sentido, el artículo 2049 del Código Civil italiano impone al empleador (privado como el de la administración pública) responder por las lesiones y consecuentes daños a la víctima, producto de los actos de sus dependientes, y ejercer contra ellos la acción de repetición por el resarcimiento otorgado. En tal sentido, si el mobbing se origina por problemas de organización interna, la responsabilidad civil puede crear los incentivos para prevenir las situaciones de mobbing, por cuanto minimiza los costos sociales, creando una multiplicidad de incentivos y desincentivos que conducen a las partes a evitar los citados costos. En consecuencia, para mejorar la organización y las prácticas internas de las conductas que pueden producir este fenómeno.

Recientemente, MONATERI ha afirmado que el modelo clásico de la responsabilidad civil, considerado como “individualista”, ha sido superado y no se adapta adecuadamente a los casos de responsabilidad y de los daños a la persona.

II.- El daño a la persona en el Perú y la influencia de Monateri

El “daño a la persona” supone la reparación de las consecuencias de todo orden de daño causado a lo que constituye el ser humano, es decir, a la “unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Por tanto, son objeto de reparación las consecuencias de los daños ocasionados al cuerpo en sentido estricto, y a lo psíquico. Pero, sobre todo, debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al ejercicio de la libertad en cuanto expresión de una decisión subjetivamente libre.

El concepto de “daño a la persona”, si bien de raíces francesas, ha sido desarrollado en forma extensa y dedicada en la experiencia italiana. A partir de notables antecedentes en el siglo XIX, con la obra de Melchiorre Gioia o los valiosos aportes en los años cincuenta y sesenta del siglo XX de Cesare Gerin y Guido Gentile, es en la década de los setenta del siglo pasado que ha realizado su presentación oficial en la cultura jurídica.

En efecto, es necesario resaltar la gran atención dedicada por parte de la doctrina jurídica italiana a los diversos supuestos de daño que afectan a la persona. Diversas Escuelas como las de Génova (con su formulación del “daño biológico”), Pisa (con el advenimiento del “daño a la salud”), Trieste (con la creación del “daño existencial), así como los valiosos aportes de la Escuela Turinesa y de Bolonia, han prodigado un empeño extraordinario bajo el perfil de ahondamiento teórico acompañado por una no frecuente capacidad para influenciar en los pronunciamientos jurisprudenciales.

Este aporte de la doctrina jurídica italiana fue recogido en la experiencia peruana por el profesor Carlos Fernández Sessarego a partir de los años setenta y ochenta del siglo XX. El jusfilósofo y jurista peruano lo consagró legislativamente en el artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984, gracias a su labor como miembro de la comisión redactora del referido cuerpo normativo, del cual es considerado como su padre. No obstante, si bien el modelo peruano de daño a la persona se inspira en los desarrollos en la materia realizados en Italia, al no tropezar con los problemas legislativos que, en su caso, encontró el modelo italiano por obra del artículo 2059 del Codice Civile, ha tenido la libertad, sobre la base de un más afinado conocimiento de la estructura del ser humano, de elaborar un modelo que no se sujeta al molde itálico. El modelo de daño a la persona en la experiencia peruana se sustenta en aquello que realmente se puede dañar, tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Por ello, es que considera dos categorías generales de “daño a la persona”. La primera es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano (el denominado “daño psicosomático” y sus especies: daño biológico, daño a la salud o daño al bienestar, daño existencial, daño psíquico, daño moral y daño por mobbing). La segunda forma de daño a la persona es la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el “proyecto de vida”, que es la presencia de la libertad ontológica en el mundo exterior, en que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

La concepción del “proyecto de vida” nos presenta una nueva dimensión acerca del ejercicio del derecho a la vida, debido a que no debemos concebir la violación de este derecho solamente al ámbito de la comisión de un homicidio, sino también cuando se han mermado y disminuido las posibilidades de llevar a cabo una vida digna, una vida en la cual la persona tenga la posibilidad de realizarse como tal y no existan obstáculos que anulen su desenvolvimiento.

De tal modo, que la teoría del “daño al proyecto de vida” hace referencia al perjuicio o detrimento que acarrea como consecuencia un colapso psicosomático de tal magnitud para el sujeto que afecta su libertad, que se frustra. El impacto psicosomático debe ser de una envergadura tal que el sujeto experimente un “vacío existencial”. Este tipo de daño incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un perjuicio de tal magnitud que afecta la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es por ello, un daño continuado que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical su “manera de ser”. No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El “daño al proyecto de vida” es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su transcurrir vital.

Esta teoría es un aporte de Carlos Fernández Sessarego, formulado en 1985 (aunque ya en su tesis de bachiller de Derecho en 1950 presentada a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, titulada Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho de 1950, exponía su teoría del proyecto de vida) fue acogida partir de la década de los noventa del siglo pasado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de diversos países de América Latina y, por ende, también en el Perú.

Se debe también a Carlos Fernández Sessarego la difusión del pensamiento jurídico y de los juristas italianos en el Perú desde la década de los cincuenta del siglo XX, entre ellos del profesor Pier Giuseppe Monateri. Precisamente, Fernández Sessarego prologó el primer libro traducido en Perú de MONATERI (2009b). Su influencia se evidencia en el desarrollo del daño a la persona. En ese sentido, la jurisprudencia peruana, mediante el instituto de la reparación de los daños, ha tenido a bien tutelar a la persona en su dimensión integral.

De esta manera, la Corte Suprema en la Casación N.º 1302-2015-Cajamarca en el fundamento octavo ha desarrollado el contenido del daño de naturaleza extra patrimonial (así fue denominado por la sala de mérito) como toda “lesión a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”; y seguidamente desarrolla el contenido del daño a la persona, “entendido como lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas” (SALA CIVIL TRANSITORIA, 2017).

En la Casación N.º 3115-2018-Lambayeque, aunque la Suprema no amparó la reparación del daño a la persona, sí desarrollo su contenido. Así, en su fundamento décimo sexto, menciona que “el daño a la persona a que hace alusión el artículo 1984 de la norma material acotada es considerado en doctrina como la lesión a la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida”; para más adelante, en el fundamento vigésimo, sostener que: “En cuanto al daño a la persona, materia igualmente de la demanda indemnizatoria, es menester señalar que no se verifica en modo alguno la existencia de alguna lesión a la integridad física del sujeto o en su aspecto psicológico o a su proyecto de vida al no existir medio probatorio tendiente a acreditar tales daños, por lo que este extremo del petitorio debe desestimarse por improbable” (SALA CIVIL TRANSITORIA, 2020).

En cuanto a los daños incluidos dentro del daño a la persona, la Corte Suprema ha contemplado el supuesto del daño biológico en general y el daño a la salud en particular, tipos de daños a la persona desarrollados por el profesor Monateri. Así, mediante Casación N.º 3795-2019-Lambayeque, establece en su fundamento sétimo lo siguiente: “en el supuesto del daño a la persona se suele indemnizar desde el daño biológico o la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima, esto es, el daño a la salud que comprende desde la privación de la posibilidad objetiva de realizar actividades normales como practicar deportes, estudiar o simplemente caminar” (SALA CIVIL PERMANENTE, 2020).

De igual manera, la Corte Suprema mediante Casación N.º 5677-2017-Lambayeque, en su fundamento noveno concibió al daño a la persona como toda “afectación de derechos personalísimos, como son los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, al honor, a la libertad, etcétera” (SALA CIVIL TRANSITORIA, 2019), incluso amplió la voz del daño a la persona para contemplar el daño al proyecto de vida, desarrollado por la doctrina nacional como aquel daño a la libertad fenoménica de la persona.

En tal sentido, en la Casación N.º 2193-2018-Lambayeque, la Corte Suprema peruana declara que “el daño al ‘proyecto de vida’ importa un menoscabo, total o parcial, de un hecho que realza la existencia humana del sujeto que la exige” (SALA CIVIL PERMANENTE, 2019). Y la Corte Suprema no se detiene en la tutela del daño a la persona y el daño al proyecto de vida en la víctima directa del daño, sino que admite el resarcimiento de daños reflejos. Así, mediante Casación N.º 2209-2017-Huaura, en su fundamento cuarto, sustenta “indemnización por responsabilidad extracontractual comprende las consecuencias que deriven de la acción generadora del daño, incluyendo los daños reflejos a los parientes del occiso, en atención a la particular relación jurídica con este”, y concluye que “[d]e lo anotado resulta que se encuentra determinada la existencia de daño emergente, lucro cesante, daño a la persona (proyecto de vida de la recurrente y su hijo) y daño moral a la esfera jurídica de la cónyuge y a la del hijo del occiso (daños reflejos)” (SALA CIVIL PERMANENTE, 2021).

Este desarrollo jurisprudencial no es propio de la Corte Suprema en materia civil, ya que también es reconocido en sede laboral. Esto en razón de que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de Justicia de la República ha reconocido como

“figuras indemnizatorias” en la responsabilidad derivada por inejecución de obligaciones al daño moral y al daño a la persona. En tal sentido, la Sala Constitucional y Social mediante Casación Laboral N.º 409-2012-La Libertad ha sostenido en su fundamento octavo que “el lucro cesante, el daño emergente, el daño moral y el daño a la persona, amparándose conjuntamente en las normas del Código Civil, específicamente en los artículos 1321, 1969, 1970 y 1985 [...] regulan esta figura indemnizatoria tanto a nivel contractual como extracontractual” (SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE, 2012).

En cuanto al daño a la persona, la Sala Constitucional y Social a través de la Casación Laboral N.º 3182-2017-Lima en su fundamento décimo segundo lo ha contemplado como aquel daño “cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en cuanto al sujeto de derecho, desde la concepción hasta su muerte y dada la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o varias de sus múltiples manifestaciones” (SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA, 2017).

En cuanto al contenido del daño a la persona, la Sala Constitucional y Social ha contemplado dentro de esta voz al daño físico y al daño al proyecto de vida. Así, mediante Casación Laboral N.º 8966-2018-Del Santa, la Sala Constitucional y Laboral concuerda con el criterio adoptado por la Sala Laboral Transitoria, la cual sostuvo que el daño físico es la “afectación en su cuerpo e integridad física y a su imagen de manera permanente e irreparable”; y al daño al proyecto de vida como la afectación del “desarrollo y crecimiento personal en el trabajo” (SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA, 2018).

De manera que la jurisprudencia peruana, en la tutela del ser humano a través de la responsabilidad civil, evidencian las enseñanzas de Pier Giuseppe Monateri, a través de los aportes de Carlos Fernández Sessarego, que ha encontrado su consolidación.

III.- Conclusiones

Como lo ha expresado Carlos Fernández Sessarego, en Pier Giuseppe Monateri se reconoce a un jurista interesado en todo lo que concierne al ser humano. En su obra encontramos un permanente interés, desde la década de los ochenta del siglo XX, por el daño a la persona y su debida reparación.

Los aportes de Monateri se encuentran dentro del proceso del personalismo jurídico que se viene desarrollado en el Perú y en América Latina. Ello debido a que el modelo italiano del daño a la persona con Pier Giuseppe Monateri evidencia una nueva concepción del ser humano y, por ende, del Derecho.

IV.- Bibliografía

BIANCA, C. M., La responsabilità, 3a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Il diritto come libertà. Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto, (al cuidado de Vincenzo Barba) Quodlibet, Roma, 2022.

MONATERI, P. G. y BELLERO, A., *Il quantum nel danno alla persona*, 2a ed., Giuffrè, Milán, 1989.

MONATERI, P. G. y BONA, M., *Il danno alla persona*, Cedam, Milán, 1998.

MONATERI, P. G., “La responsabilità civile” en Rodolfo Sacco (Dir.) *Trattato di diritto civile*, UTET, Milán, 1998.

MONATERI, P. G. “Alla soglie: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale. Danno e responsabilità”, Ipsoa, Milán, 2000.

MONATERI, P. G., “Verso una teoria del danno esistenziale”, en Paolo Cendon y Patrizia Ziviz (Dirs.) *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 2000b.

MONATERI, P. G. “Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale”, en *Responsabilità civile e previdenza*, (vol. 1), Giuffrè, Milán, 2009.

MONATERI, P. G., *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, (traduc. por Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani), ARA, Lima, 2009b.

MONATERI, P. G., *El Derecho en la postmodernidad*, (trad. por Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani), Temis, Bogotá, 2018.

MONATERI, P. G. , “La responsabilità civile “individualista” e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema”, en *Danno e responsabilità*, (vol. 1), Ipsoa, Milán, 2023.

MONATERI, P. G.; BONA, M. y OLIVA, U., *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Giuffrè, Milán, 2000.

V.- Referencias jurisprudenciales

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE (2012, 28 de agosto). Casación N.º 409-2012 La Libertad.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA (2017, 10 de noviembre). Casación Laboral N.º 3182-2017 Lima.

SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA (2018, 12 de diciembre). Casación N.º 8966-2018 Del Santa.

SALA CIVIL TRANSITORIA (2017, 11 de julio). Casación N.º 1302-2015 Cajamarca.

SALA CIVIL TRANSITORIA (2020, 09 de noviembre). Casación N.º 3115-2018 Lambayeque.

SALA CIVIL TRANSITORIA (2019, 11 de noviembre). Casación N.º 5677-2017 Lambayeque.

SALA CIVIL PERMANENTE (2021, 10 de junio). Casación N.º 2209-2017 Huaura.

SALA CIVIL PERMANENTE (2019, 5 de setiembre). Casación N.º 2193-2018 Lambayeque.

SALA CIVIL PERMANENTE (2020, 1 de diciembre). Casación N.º 3795-2019 Lambayeque.

Metodología para la cuantificación del lucro cesante en caso de muerte o incapacidad productiva de la víctima en el derecho uruguayo

Por Andrés Mariño López ¹

Sumario: I.- El lucro cesante y su cuantificación. Elementos y métodos. II.- Liquidación indivisa del lucro cesante y liquidación dividida entre lucro cesante pasado y futuro. a.- Liquidación indivisa del lucro cesante. b.- Liquidación dividida del lucro cesante. Lucro cesante pasado y futuro. III.- Métodos matemáticos de cuantificación del lucro cesante con pago en capital. a.- Método de matemática lineal. b.- Método de matemática financiera. c.- Método de matemática lineal y descuento: método de matemática financiera sin determinación de la tasa de rendimiento del capital. IV.- Métodos de cuantificación del lucro cesante con pago mediante renta periódica (método de renta). V.- Bibliografía

Resumen: La cuantificación del lucro cesante en caso de incapacidad productiva o muerte de la víctima a causa del evento dañoso se debe realizar mediante un método construido sobre bases científicas que arrojen una estimación objetiva. La metodología consiste en una serie de etapas ordenadas con la finalidad de determinar la privación de beneficios económicos de la víctima. La primera etapa consiste en determinar si se realiza una liquidación dividida entre lucro cesante pasado y lucro cesante futuro respecto de la sentencia, o si, por el contrario, se hace una liquidación indivisa, sin distinguir entre lucro cesante pasado y futuro. A su vez, en un segundo paso, se debe determinar el método matemático a utilizar para la cuantificación del lucro cesante, que puede ser un método de capital (matemática lineal, matemática financiera, matemática lineal con descuento), en que se abona como indemnización una suma de dinero contado, o en método de renta, en el cual se abona una renta periódica durante un determinado lapso. En todos los métodos de cuantificación se utilizan para realizar el cálculo los elementos *ingreso*, *tasa de incapacidad* y *lapso de inaptitud funcional* de la víctima.

¹ Profesor Titular grado 5 de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

Palabras clave: Daño resarcible – lucro cesante – cuantificación del daño.

Keywords: Damgages – Economic loss – Liquidation

Abstract: The quantification of lost profits in the event of productive incapacity or death of the victim due to the harmful event must be carried out using a method built on scientific bases that provide an objective estimate. The methodology consists of a series of ordered stages with the purpose of determining the deprivation of economic benefits of the victim. The first stage consists of determining whether a liquidation is made divided between past lost profits and future lost profits with respect to the sentence, or if, on the contrary, an undivided settlement is made, without distinguishing between past and future lost profits. In turn, in a second step, the mathematical method to be used to quantify the lost profits must be determined, which can be a capital method (linear mathematics, financial mathematics, linear mathematics with discount), in which it is paid as compensation. a sum of money counted, or in the income method, in which a periodic income is paid during a certain period. In all quantification methods, the elements income, disability rate and period of functional incapacity of the victim are used to carry out the calculation.

I.- El lucro cesante y su cuantificación. Elementos y métodos

El lucro cesante (*lucrum cessans*) consiste en la privación de un beneficio o utilidad patrimonial que la víctima deja de obtener como consecuencia de la lesión al interés que ha padecido². La conducta dañosa produce la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima. El lucro cesante como rubro indemnizable está constituido por la ganancia cierta que el sujeto iba a obtener, pero que no puede recibir por la ocurrencia del evento dañoso. El beneficio económico esperado se establece de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención³.

La cuantificación del lucro cesante en caso de incapacidad productiva o fallecimiento de la víctima requiere de un método, es decir, de un conjunto de pasos ordenados que permiten llegar a la determinación de la privación de ganancias de la víctima. En el sistema jurídico uruguayo, no existe previsión normativa alguna que regule la metodología a adoptar para la cuantificación del lucro cesante. En consecuencia, el juez, al dirimir el litigio de daños, debe adoptar, para la determinación del monto de la privación de ganancias a la víctima que ha causado el evento dañoso, un método construido sobre bases científicas del que resulte una estimación objetiva.

El método de cuantificación del lucro cesante con base científica consiste en una serie concatenada de operaciones aritméticas realizadas con los valores de las variables *ingreso, tasa de incapacidad y lapso de inaptitud funcional* de la víctima. Las referidas variables constituyen los elementos del método de cuantificación del lucro cesante.

Las variables o elementos de la metodología de cuantificación del lucro cesante son tomados de las circunstancias fácticas del caso, por lo cual, la decisión judicial se adopta considerando las circunstancias particulares concretas dentro del ámbito contextual de los daños ocurridos⁴.

² GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, FCU, Montevideo, 1988, p. 240-241; DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 323; LÓPEZ MAS, P. J., *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Dyckinson, Madrid, 2021, p. 176; VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad por daños*, De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 178.

³ PICASSO, S. – SÁENZ, L. R., *Tratado de Derecho de Daños*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2019, pp. 437-438; MARIÑO LÓPEZ, A., *Tratado doctrinario y jurisprudencial Derecho de Daños*, T. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2018, p. 58.

⁴ GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIV, FCU, Montevideo, 1992, pp. 222.

La duración del *lapso de inaptitud funcional* hace ingresar a la inflación como variable a considerar en la cuantificación del monto indemnizatorio del lucro cesante. Si se abona en el presente lo que la víctima perdió de ganar en el futuro, se debe tomar en cuenta para la estimación del monto indemnizatorio la desvalorización de la suma de dinero abonada en el presente por efecto de la inflación futura.

La indemnización por lucro cesante puede fijarse en una suma de dinero contado mediante métodos de capital o en una suma de dinero que se paga periódicamente durante el lapso de inaptitud funcional a través de métodos de renta. Para ambos supuestos, se plantea, por un sector de la doctrina y la jurisprudencia, la aplicación al capital a abonar por el sujeto responsable de una tasa de descuento que represente la tasa de rendimiento del capital referido.

Una etapa previa a la aplicación de un método matemático para cuantificar el lucro cesante consiste en determinar si para dicha cuantificación se divide el lucro cesante en pasado y futuro respecto al momento de dictado de la sentencia (liquidación dividida), o si, por el contrario, no se distingue entre una y otra categoría (liquidación indivisa). La distinción entre lucro cesante pasado y futuro permite, por una parte, calcular los ingresos privados de la víctima hasta la fecha de dictado de la sentencia (lucro cesante pasado) y, por otra parte, actualizar el ingreso mensual o periódico que debería percibir la víctima a la fecha de la sentencia para calcular los ingresos que debería recibir la víctima hasta el límite temporal de su actividad productiva (lucro cesante futuro). En cambio, la "liquidación indivisa" calcula el lucro cesante a partir del ingreso que dejó de percibir la víctima al momento del evento dañoso y sobre esa base calcula todo el lucro cesante debido.

En la metodología para la cuantificación del lucro cesante existen dos etapas. La primera consiste en determinar si se realiza una liquidación dividida entre lucro cesante pasado y futuro o si, por el contrario, se hace una liquidación indivisa. A su vez, en un segundo paso, se debe determinar el método matemático a utilizar para la cuantificación del lucro cesante y realizar las operaciones necesarias para establecer el monto de la indemnización por dicho rubro.

II.- Liquidación indivisa del lucro cesante y liquidación dividida entre lucro cesante pasado y futuro

Una etapa previa a la aplicación del método matemático elegido para cuantificar el lucro cesante consiste en determinar cómo se realizará la liquidación del rubro referido. En efecto, antes de aplicar un método específico, el juez debe determinar si distingue al lucro cesante pasado y futuro ("liquidación dividida") o si, por el contrario, no distingue una y otra categoría de esa categoría del daño patrimonial ("liquidación indivisa").

En un ámbito de incertidumbre, como lo es el del lucro cesante, la liquidación dividida otorga mayor exactitud y precisión a la cuantificación de dicho rubro indemnizatorio. La división de lucro cesante pasado y lucro cesante futuro se impone, porque para el periodo que va desde el evento dañoso al dictado de la sentencia, deben valorarse necesariamente las modificaciones operadas en el ingreso de la víctima, las cuales pueden determinarse con certeza.

A su vez, para el lapso comprendido entre la fecha de la sentencia y la finalización de la inaptitud funcional que determina el lucro cesante, se debe tomar en cuenta el ingreso de la víctima actualizado al momento de dictado del fallo referido. El ingreso de la víctima al momento del evento dañoso, actualizado al momento de emitirse la

sentencia definitiva del litigio que da lugar a la pretensión indemnizatoria, constituye un dato que puede conocerse en forma cierta.

a.- Liquidación indivisa del lucro cesante

En el caso de que opte por la “liquidación indivisa” y no distinga entre lucro cesante pasado y futuro al momento de la sentencia, el juez toma el ingreso de la víctima al momento de producido el evento dañoso y aplica uno de los métodos utilizados en el ámbito jurisprudencial para calcular el lucro cesante (matemática lineal, matemática financiera, matemática lineal con detracción, capital y renta).

En cualquier de los métodos utilizados por la jurisprudencia uruguaya, se aplica la tasa de incapacidad sobre el ingreso mensual de la víctima al momento de producido el evento dañoso y se multiplica el resultado por el lapso de inaptitud funcional establecido, calculando los reajustes e intereses desde el hecho dañoso⁵.

Si, por ejemplo, el juez aplica una fórmula de matemática lineal, y el ingreso mensual de la víctima al momento del evento dañoso era \$ 1.000, la incapacidad funcional se fijó en 50% y el lapso de inaptitud funcional es de 10 años, la “liquidación indivisa” multiplica \$ 500 (50% del ingreso mensual) x 12 meses x 10 años, lo cual arroja la suma de \$ 60.000. Dicha suma se reajusta y al monto resultante se le aplican intereses desde el momento del evento dañoso.

Lo mismo sucede en el método de matemática lineal y descuento de un porcentaje fijo, el cual en realidad aplica una tasa de descuento sin definirla. En dicho supuesto, al capital se le hace un descuento que el juez determina discrecionalmente, sin perjuicio de lo cual, la “liquidación indivisa” aplica a la suma obtenida como monto de capital resultante de multiplicar el ingreso de la víctima por el número de unidades de tiempo que conforman el periodo de inaptitud funcional respectivo.

En caso de aplicar el método de matemática financiera, el juez realiza el mismo procedimiento señalado para el método de matemática lineal, pero aplica una tasa de descuento por los intereses que obtiene la víctima por el pago del capital contado (rendimiento del capital), lo cual incide en forma directa en el monto del capital a abonar a la víctima. No obstante, al igual que en el método anterior, la liquidación indivisa hace correr los reajustes e intereses de ese capital desde el hecho dañoso. Si el juez aplica el método de “capital y renta”, la liquidación indivisa, al igual que en las fórmulas anteriores, toma el ingreso mensual de la víctima al momento del evento dañoso, le aplica la tasa de incapacidad, multiplica el resultado por los meses que conforman el lapso de inaptitud funcional y el capital resultante lo actualiza y aplica intereses desde el hecho dañoso, descontando luego la tasa de rendimiento del capital. A su vez, ese capital en dinero es convertido a su equivalente en el índice de actualización elegido por el juez (salario mínimo, unidad reajutable, unidad indexada, BPC, etc.). Dicho capital es el que debe ser constituido para que genere la renta mensual que recibirá la víctima.

Otra variante del método de “capital y renta” con liquidación indivisa consiste en la conversión del ingreso mensual de la víctima actualizado y con intereses a su equivalente en un índice de actualización (salario mínimo, unidad reajutable, unidad indexada, etc.), aplicar la tasa de incapacidad y al resultado multiplicarlo por los meses que debió percibir el ingreso durante el lapso de inaptitud funcional respectivo. El resultado de dicha operación arroja el monto del capital en su

⁵ GAMARRA, (n. 4), p. 320.

equivalente en el índice de actualización elegido del cual se generará la renta correspondiente.

En consecuencia, la liquidación indivisa toma como base en todos los supuestos para el cálculo del lucro cesante el ingreso mensual de la víctima al momento del evento dañoso y aplica a partir de dicha fecha el reajuste legal por IPC y los intereses sobre dicho monto.

b.-Liquidación dividida del lucro cesante. Lucro cesante pasado y futuro

La "liquidación dividida" del lucro cesante fracciona en dos etapas la cuantificación. La primera etapa transcurre desde la fecha del evento dañoso hasta la fecha de la sentencia. La segunda etapa comienza en la fecha de dictado de la sentencia y finaliza en la fecha de cese de la inaptitud funcional de la víctima.

En la primera etapa, se calcula el lucro cesante pasado al tiempo de la sentencia. En la segunda etapa, se fija el lucro cesante futuro de la víctima a partir de la fecha del fallo y hasta que el lapso de inaptitud funcional finalice⁶.

Para el cálculo del lucro cesante pasado se debe tomar en cuenta el ingreso de la víctima al momento del evento dañoso en el porcentaje de incapacidad establecido y las variaciones que dicho ingreso ha tenido desde dicho momento al del dictado de la sentencia producidas por aumentos establecidos en convenios colectivos, laudos, decretos de Poder Ejecutivo o cualquier otra forma de actualización. Los respectivos montos se reajustan legalmente por IPC y se aplican intereses desde la fecha de su generación hasta el momento de la sentencia y el resultado total arroja el capital a abonarse a la víctima en concepto de lucro cesante pasado.

En la liquidación del lucro cesante futuro, en cambio, se adopta como base de cálculo el ingreso de la víctima actualizado al momento de dictado de la sentencia. El juez puede atribuir como indemnización un capital que represente las rentas futuras perdidas o una renta periódica durante un lapso determinado. Si bien una parte de la jurisprudencia otorga la indemnización en forma de renta en casos puntuales, predomina la atribución de una suma de dinero, es decir, un capital, que debidamente invertido permita a la víctima obtener una renta equivalente a la que hubiera percibido de no acaecer el hecho dañoso.

Para la cuantificación del lucro cesante mediante la atribución de un capital a la víctima se siguen diversos métodos en la jurisprudencia para la determinación de la suma indemnizatoria.

El juez puede aplicar el método de matemática lineal, de acuerdo con el cual, al ingreso de la víctima actualizado por IPC se le aplica la tasa de incapacidad establecida en el caso y se multiplica dicho monto por el total de unidades de tiempo que conforman el periodo de inaptitud funcional. El monto que arroja dicha operación es el capital adeudado a la víctima, el cual se actualiza (si la suma de dinero es en moneda nacional) y se le aplican intereses desde la sentencia hasta el efectivo pago. Este método es criticado en cuanto la víctima se enriquece con la renta de los intereses por el pago de las rentas en forma adelantada.

Para morigerar un posible beneficio de la víctima por la percepción de un capital indemnizatorio, la jurisprudencia aplica otros dos métodos: matemática lineal con descuento y matemática financiera. En el primero, el juez aplica un descuento correctivo de acuerdo con su criterio, lo cual tiene como peligro asociado la

⁶ GAMARRA, J., (n. 4), pp. 329-331.

subjetividad de la tasa empleada. En el segundo, se aplica al capital una tasa de descuento de acuerdo con el rendimiento probable de la suma indemnizatoria⁷.

Si para calcular el capital adeudado el juez aplica el método de matemática lineal con un descuento o el método matemática financiera, en ambos se aplica la tasa de descuento elegida para descontar el beneficio que obtiene la víctima por percibir el pago en forma de capital.

Finalmente, si el juez opta por otorgar una renta periódica a la víctima durante un lapso determinado se aplica el método de "capital y renta", por el cual, se actualiza el ingreso de la víctima en moneda nacional de acuerdo con las variaciones económicas operadas al tiempo de la sentencia, se aplica a dicha suma la tasa de incapacidad y el resultado se convierte en su equivalente en el índice de actualización elegido (unidad reajutable, unidad indexada, etc.). El monto obtenido es multiplicado por las unidades de tiempo que integran el lapso de inaptitud funcional de la víctima y se le aplica la tasa de descuento por el rendimiento del capital; el resultado arroja el capital que se debe integrar para generar la renta a abonarse a la víctima. El cálculo para determinar el capital en el método de capital y renta es el mismo que para establecer el capital en el método de matemática financiera.

III.- Métodos matemáticos de cuantificación del lucro cesante con pago en capital

La cuantificación del lucro cesante, tanto en la liquidación dividida como en la indivisa, se realiza por medio de métodos matemáticos, los cuales, mediante un conjunto ordenado de etapas consistentes en operaciones de cálculo aritmético, permiten alcanzar un resultado objetivo de la privación de ganancias padecidas por la víctima. Los métodos matemáticos son utilizados tanto para la indemnización mediante la atribución de un capital como para la reparación mediante la asignación de una renta a la víctima.

Los elementos para la cuantificación utilizados por dichos métodos son los ingresos de la víctima, el grado de inaptitud funcional para la obtención de beneficios y el lapso de dicha inaptitud funcional.

La variable ingresos determina la existencia de dos clases de métodos: los de renta constante y renta variable. En la renta constante, se utiliza como base de cálculo un ingreso fijo en todo el periodo durante el cual la víctima se ve privada de obtener beneficios por la actividad económica que desarrollaba. En cambio, en la renta variable, se considera la variación de los ingresos que ocurriría durante el periodo referido, considerando las estadísticas de las rentas percibidas de acuerdo con la edad de la víctima en dicho lapso⁸.

Según la posición de renta variable, el ingreso fijo de la víctima es una posibilidad jurídicamente admisible en ciertos casos, pero, por lo general, el ingreso de las personas no se mantiene fijo durante toda su vida laboral con el mismo valor que tenía al momento del evento dañoso, sino que, como señala Acciarri, "es más

⁷ BARROS BOURIE, E., *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 281-282.

⁸ Sobre el cálculo del lucro cesante de acuerdo con la renta variable, véase ACCIARRI, H., "Aplicación de fórmulas de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad según el Código Civil y Comercial", *Jurisprudencia Argentina* 2016-IV, 14/12/2016, pp. 1 y ss.; también, con referencia a la jurisprudencia uruguaya, en "Indemnizaciones por lucro cesante o incapacidad. Tecnología conceptual y digital en las decisiones judiciales", *La Justicia Uruguaya* T 161, No. 1, enero-marzo 2022, pp. 73 y ss.

probable que una persona, en sus cincuentas vaya a ganar más que a sus veinte años, a que vaya a mantener estancado ese nivel de ingreso juvenil toda su vida”⁹. La jurisprudencia uruguaya utiliza diferentes métodos para el cálculo del lucro cesante: matemática lineal, matemática financiera, matemática lineal con detracción y “capital y renta”. En todos ellos, se utiliza como base de cálculo una renta constante, es decir, un monto equivalente a un ingreso fijo en todo el periodo en que se considera que la víctima no obtendrá ingresos por la actividad económica que desarrollaba y que se ve impedida de realizar a causa del evento dañoso. La Suprema Corte de Justicia tiene posición sólida respecto a que el método utilizado para cuantificar el lucro cesante configura un poder discrecional del juez, por lo cual, si el método adoptado es razonable, no es revisable en casación¹⁰.

a.- Método de matemática lineal

El método de matemática lineal consiste en tomar como base de cálculo el ingreso mensual de la víctima y multiplicarlo por la cantidad de meses que componen el período en el que se considera que se le priva de obtener beneficios. El resultado de esa operación aritmética configura el monto indemnizatorio por lucro cesante en caso de incapacidad laboral absoluta, o un porcentaje de dicho monto correspondiente a la capacidad laboral perdida en caso de incapacidad laboral relativa. En caso de muerte de la víctima, se calcula el porcentaje de cuota útil de los damnificados indirectos sobre la base del monto correspondiente a la totalidad de los ingresos que la víctima hubiera percibido durante el periodo de actividad económica considerado¹¹.

Este método se caracteriza por su simplicidad. No realiza ningún descuento al monto indemnizatorio por concepto de los intereses que obtendría la víctima por el pago adelantado del capital. De ese modo, la indemnización puede ser superior al daño padecido, pues no se considera la renta por concepto de intereses que la víctima obtendrá del capital¹². El fundamento para la no aplicación de un descuento por concepto de intereses consiste en que los intereses que percibiría la víctima por el capital entregado por adelantado respecto de ingresos que recibiría en el futuro se compensa con lo que perdería la víctima por la desvalorización que produce la inflación.

b.- Método de matemática financiera

El método de matemática financiera consiste en tomar como base de cálculo el ingreso mensual de la víctima y multiplicarlo por la cantidad de meses que conforman el lapso en el cual se le priva de obtener ese beneficio, descontando el porcentaje de interés que ella recibiría como rendimiento del capital entregado por adelantado.

⁹ ACCIARRI, H., “Indemnizaciones por lucro cesante o incapacidad. Tecnología conceptual y digital en las decisiones judiciales”, *La Justicia Uruguaya* T 161, No. 1, enero-marzo 2022, pp. 77-78.

¹⁰ Así, por ejemplo, en SCJ sentencia No. 535/2021, de 26/10/2021, SCJ sentencia No. 238/2020, de 13/08/2020, SCJ sentencia No. 349/2019, de 18/02/2019; también véase SCJ sentencia No. 1322/2019, de 05/08/2019, donde se hace referencia a sentencias de la Corporación desde el año 2003 en la misma línea.

¹¹ GAMARRA, J., (n. 4), pp. 365-369; VILARÓ, M., “Panorama de la cuantificación del lucro cesante futuro por incapacidad laboral o muerte en la jurisprudencia uruguaya”, *La Justicia Uruguaya* T 161, No. 1, enero-marzo 2022, pp. 88-89.

¹² BARROS BURIE, (n. 7), p. 281.

A su vez, si se trata de una incapacidad laboral absoluta, el monto de la indemnización es equivalente al resultado total de la referida operación; en cambio, si el supuesto corresponde a una incapacidad relativa, se abona el porcentaje de la capacidad laboral perdida¹³. En caso de fallecimiento de la víctima, la cuota útil correspondiente a los damnificados indirectos se calcula sobre la totalidad del monto resultante.

Para esta posición, la víctima se ve beneficiada por la entrega por adelantado de las sumas correspondientes a ingresos que percibiría en el futuro. Ese capital en dinero puede producir un rendimiento que se calcula en intereses. Así, por ejemplo, se puede considerar que la víctima obtendría el beneficio que otorgan los bonos del tesoro del Estado uruguayo.

Como consecuencia, se descuenta la tasa de interés anual que la víctima obtendría como beneficio por el pago por adelantado de los ingresos que recibiría en el futuro, de tal modo que el capital abonado como indemnización se agote al término del periodo en el que pudo continuar con la actividad económicamente valorable¹⁴.

c.- Método de matemática lineal y descuento: método de matemática financiera sin determinación de la tasa de rendimiento del capital

El método de matemática lineal con descuento consiste en tomar como base de cálculo el ingreso mensual considerado de la víctima y multiplicarlo por la cantidad de meses que conforman el periodo durante el cual se le priva de obtener dicho beneficio. Una vez obtenido dicho monto, se le descuenta un porcentaje por el beneficio que obtendría la víctima por el pago por adelantado de ingresos que recibiría en el futuro.

Este método presenta particularidades importantes. Los tribunales uruguayos que lo han utilizado aplican tasas variables que van del 15% al 30%, pero no explican en las sentencias cuál es el criterio para emplear esa tasa de descuento¹⁵.

En realidad, se trata del método de matemática financiera, por cuanto, a diferencia del método de matemática lineal, aplica una tasa de descuento por pago de capital por adelantado, pero, a diferencia del método de matemática financiera, no se establece qué tasa de descuento anual se utiliza.

Este método fija una tasa de descuento sin establecer cuál es ésta ni por qué fundamentos se elige. La aplicación de una tasa de descuento "global" sin especificar cuál es la tasa de descuento anual sobre el capital indemnizatorio es un método equivocado, pues es impreciso, al no conocerse qué tasa de rendimiento utiliza, e inseguro, no otorgando garantías a los justiciables respecto al cálculo del lucro cesante indemnizado.

IV.- Métodos de cuantificación del lucro cesante con pago mediante renta periódica (método de renta)

El método de renta, también llamado de "capital y renta", consiste en calcular el monto de un capital que permita abonar una renta equivalente al ingreso mensual que le corresponde percibir a la víctima por la privación de realizar actividades económicamente valorables que ha causado el evento dañoso, de modo tal que el

¹³ GAMARRA, J., (n. 4), pp. 375-377.

¹⁴ GAMARRA, (n. 4), p. 375; VILARÓ (n. 11), p. 89; BARROS BURIE (n. 7), pp. 281-282.

¹⁵ VILARÓ, M., (n. 11), pp. 88-89. Véanse las sentencias citadas en dicho lugar que muestran la variabilidad y arbitrariedad en la fijación de dichos porcentajes.

capital se agote al finalizar el periodo considerado como el que pudo desarrollar dichas actividades. Para el cálculo del capital, se aplica una tasa de descuento por el rendimiento que dicho capital produce.

La forma de cálculo es similar al método de matemática financiera, pero mientras en éste se abona el capital a la víctima, en el método de capital y renta se ordena el depósito de la suma respectiva en una entidad financiera¹⁶.

Para que el capital no se desvalorice con la inflación y la renta mensual no se vea afectada por ésta, la suma de dinero que conforma el capital debe ser depositada en una unidad que contenga un sistema de reajuste, como, por ejemplo, unidad reajutable, BPC o unidad indexada.

Este método presenta como desventaja que los costos de administración del capital que cobra la entidad financiera no constituyen daños causados por el sujeto responsable y por tanto no corresponde que los abone éste ni tampoco la víctima, pues configuraría un detrimento a la indemnización que le corresponde¹⁷. Asimismo, la solvencia de la entidad financiera, aun cuando ésta sea estatal, no queda absolutamente garantizada. Los métodos de capital eliminan los riesgos de insolvencia¹⁸.

V.- Bibliografía

ACCIARRI, H., *Indemnizaciones por lucro cesante o incapacidad. Tecnología conceptual y digital en las decisiones judiciales*, *La Justicia Uruguaya* T 161, No. 1, enero-marzo 2022.

ACCIARRI, H., *Cuantificación de incapacidades desde la vigencia del CCyC*, *Revista de Derecho de Daños*, 2021-1.

ACCIARRI, H., *Aplicación de fórmulas de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad según el Código Civil y Comercial*, *Jurisprudencia Argentina* 2016-IV, 14/12/2016.

BARROS BOURIE, E., *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. V, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIV, FCU, Montevideo, 1992.

GAMARRA, J., *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XIX, FCU, Montevideo, 1988.

LÓPEZ MAS, P. J., *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Dyckinson, Madrid, 2021.

¹⁶ GAMARRA, J., (n. 4), p. 381.

¹⁷ VILARÓ, M., (n. 11), p. 90.

¹⁸ BARROS BURIE, E., (n. 7), p. 281.

MARIÑO LÓPEZ, A., *Tratado doctrinario y jurisprudencial Derecho de Daños*, T. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2018.

ORDOQUI CASTILLA, G., *Derecho de Daños* T. IV, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013.

PEIRANO FACIO, J., *Responsabilidad extracontractual*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

PICASSO, S. - SÁENZ, L. R., *Tratado de Derecho de Daños*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2019.

VILARÓ, M., *Panorama de la cuantificación del lucro cesante futuro por incapacidad laboral*, *La Justicia Uruguaya* T. 161, No. 1, enero-marzo 2023.

VÁZQUEZ FERREYRA, R., *Responsabilidad por daños*, De Palma, Buenos Aires, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, Dyckinson, Madrid, 2015.