

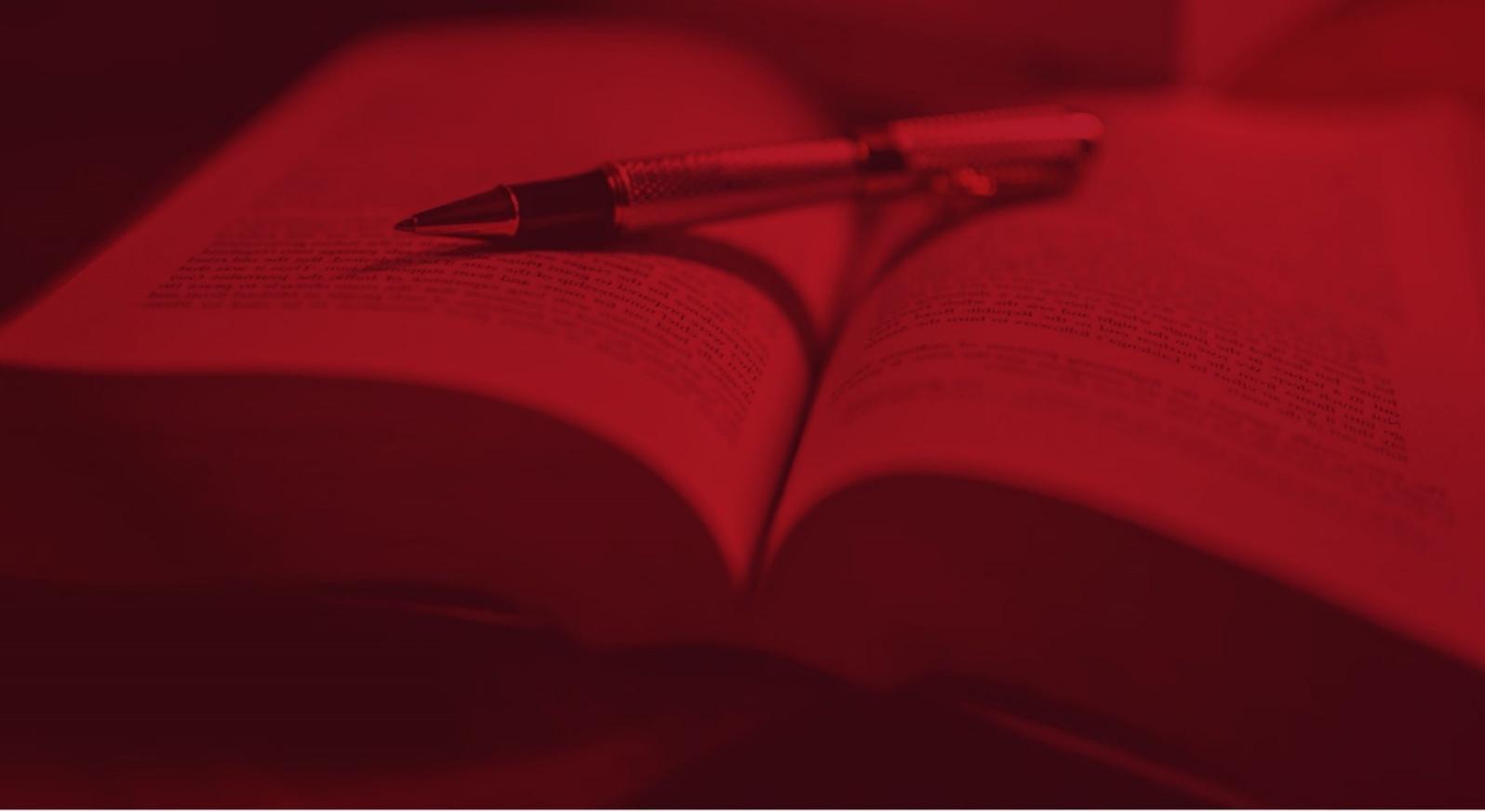
CENTRO DE ESTUDIOS DE  
**Derecho de Daños**



FACULTAD DE  
**DERECHO**  
U N C

ISSN 3008-7392

# **ESTUDIOS** *del* **CENTRO**



**VOLUMEN 1**  
**Nº 1 / 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*

---

1.- Estudios del Centro es la consecuencia natural del trabajo que lleva adelante el Centro de Estudios en Derecho de Daños, que funciona en el Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y de las Cátedras de Derecho de Daños, de la misma Facultad, Universidad Nacional de Córdoba.

En esos ámbitos un importante grupo de profesores, adscritos de Cátedra y estudiosos del Derecho de Daños, desarrollamos actividades de enseñanza, investigación y divulgación, que, muchas veces, se traducen en monografías de valor para su difusión.

En el entendimiento de la importancia de la publicación de esas obras, para la difusión y para la devolución de las ideas a la comunidad académica y profesional, las autoridades del Centro decidimos encarar la edición de una revista, que acogiera esas tareas.

La Universidad Nacional de Córdoba, a través de la Oficina de Conocimiento Abierto brindó su incondicional apoyo a la idea y brindó el ámbito propio a la publicación. Nuestro agradecimiento.

2.- La Revista cuenta con secciones de autores nacionales y extranjeros.

Entre los trabajos aportados por autores argentinos, contamos con la colaboración del Profesor Doctor Ramón Daniel Pizarro, titular de Cátedra y primer director del Centro, quien evoca la figura de Matilde Zavala de González, cuyo nombre preside nuestro Centro.

Su hijo, el prestigioso jurista Rodolfo González Zavala, aporta un frondoso trabajo sobre la importancia del deber de información en las prácticas médicas, y la responsabilidad civil derivada de su omisión.

Nuestra codirectora, Magister Magalí Lendaro, aporta una novedosa visión del instituto de la presentencialidad penal en la responsabilidad civil, desarrollada en la que fuera su tesis para acceder al título de Maestra en Derecho y Argumentación, aprobada con la nota máxima por el Tribunal evaluador.

Se publican los trabajos correspondientes a la primera convocatoria del Concurso de Monografías para adscritos sobre Derecho de Daños. El Tribunal evaluador estuvo compuesto por los profesores de las Cátedras Sebastián Monjo, Eduardo Bruera y Leonardo Marcellino, quienes determinaron que la monografía ganadora es la presentada por Matías Machado, que versa sobre la prueba del daño y su regulación en los códigos de procedimientos. Recibieron su reconocimiento, por la importancia de los trabajos, los presentados por Andrés Berzal, sobre responsabilidad del Estado por omisión, Jorge Vénica, sobre la protección del

patrimonio cultural y la función preventiva y Leandro Ríos, sobre la obligación legal autónoma generadora de responsabilidad.

Silvana Castagno, también adscripta a las Cátedras, contribuye con su monografía, presentada para la aprobación de la adscripción a las Cátedras, sobre la función preventiva y los daños derivados de la contratación en línea.

En la sección dedicada a la doctrina extranjera, tenemos el honor de publicar obras de dos notables juristas y buenos amigos del Centro.

Desde Brasil, Marcos Catalan colabora con un riguroso estudio sobre la culpa y su desarrollo histórico en la responsabilidad civil, y desde Italia, Lorenzo Mezzazoma, con su investigación sobre las novales normativas que regulan a la compraventa en el derecho europeo.

3.- Sabemos que los comienzos siempre son dubitativos, y conllevan errores y desaciertos. Sepan los lectores disculpar los que encuentren en este primer volumen.

El tiempo nos dará los aprendizajes necesarios para no volver a cometerlos.

Sea esta publicación un lugar en que los autores, nacionales y extranjeros, que gustan de las cuestiones que revela la responsabilidad civil, puedan desarrollar sus ideas y divulgarlas, con absoluta libertad de opinión. Y sepan que cada colaboración es, para nuestro grupo, una caricia cálida que sabremos agradecer.

Mg. Magalí Lendaro - Dr. José Fernando Márquez  
Directores

Córdoba, agosto de 2023.

## MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ

por Ramon Daniel Pizarro

Nuestro *Centro de Estudios de Derecho de Daños* lleva el nombre de Matilde Zavala de González, con la intención de homenajear y de evocar a esta eminente jurista que realizó aportes monumentales en el derecho de la responsabilidad civil y que fue, además, una muy querida amiga.

Matilde fue, sin lugar a dudas, junto con su maestro, Alfredo Orgaz, la figura más importante que ha dado nuestra Córdoba en materia de responsabilidad civil, a punto que bien puede decirse, sin incurrir en exageración alguna, que hay un antes y un después de su pensamiento en esta apasionante temática.

Fue una jurista muy seria, estudiosa, talentosa, rigurosa, defensora de sus valores y absolutamente intransigente con todo aquello que los quebrantara. Muchas veces, al límite de la justificada intolerancia. Y predicó con el ejemplo. Siempre trabajando, dando generosamente un poco más. Corriendo fronteras. Ni siquiera la cruel enfermedad que terminó prematuramente con su vida pudo impedir que, al momento de decirnos físicamente adiós, nos dejara una obra póstuma monumental, de cuatro tomos, realizada en colaboración con su hijo, Rodolfo González Zavala (“La responsabilidad civil en el nuevo código”), que permite que su pensamiento perdure después de la sanción del nuevo cuerpo normativo. Matilde no quiso partir sin dejar trazados los puentes que unen al derecho de la responsabilidad civil anterior y posterior al Código Civil y Comercial. Nos dejó sus enseñanzas, su impronta, su capacidad reflexiva para detectar fortalezas y debilidades del nuevo derecho de la responsabilidad civil. Yo estoy absolutamente convencido de que buena parte del derecho de daños contenido en el código civil y comercial hunde sus raíces en el pensamiento y en las enseñanzas de Matilde. En particular, las cuestiones vinculadas con la persona, con la protección de la dignidad humana, con los daños a la persona, patrimoniales y a su integridad espiritual; con la prevención del perjuicio y su justa reparación.

Su monumental obra y sus enseñanzas habrán de perdurar en el tiempo. Son y serán una guía indispensable para la consolidación y el desarrollo de las nuevas ideas que a partir del código civil y comercial se están desarrollando, en un marco socio económico y tecnológico cada vez más dinámico y cambiante. Como habrá de perdurar, también, su recuerdo en todos quienes tuvimos el privilegio de conocerla, de admirarla, de respetarla como ser humano y jurista y de quererla.

---

## Contenido

---

### Doctrina Nacional

#### RESPONSABILIDAD CIVIL POR NO INFORMAR RIESGOS QUIRÚRGICOS

POR RODOLFO GONZÁLEZ ZAVALA..... 7

#### SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL RÉGIMEN DE PREJUDICIALIDAD PENAL Y LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL PREVIA

POR MAGALÍ LENDARO ..... 26

#### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

POR FRANCISCO ANDRÉS BERZAL..... 43

#### LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DEL DAÑO EN LOS CÓDIGOS NACIONALES Y PROVINCIALES

POR MATÍAS MACHADO..... 56

#### OBLIGACIÓN LEGAL AUTÓNOMA

POR LEANDRO S. RÍOS ..... 74

#### LAS MODERNAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN *ON LINE* Y LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE DAÑOS

POR SILVANA ALEJANDRA CASTAGNO..... 89

#### PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL E HISTÓRICO DESDE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DAÑO

POR JORGE A. VENICA ..... 116

### Doctrina Extranjera

#### LA ARQUEOLOGÍA DE LA CULPA EN EL DERECHO OBLIGACIONAL Y LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES

POR MARCOS CATALAN ..... 144

#### ENAJENANTE Y ADQUIRENTE EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI ENTRE LAS RECIENTES INTERVENCIONES NORMATIVAS

POR LORENZO MEZZASOMA..... 153

## *Doctrina Nacional*

# Responsabilidad civil por no informar riesgos quirúrgicos

por Rodolfo González Zavala<sup>1</sup>

“No hay ciencia donde no vaya la vida de las personas, y sin que se les vaya la vida intentando resolver sus temas”

*Matilde Zavala de González<sup>2</sup>*

**Sumario:** 1.- No comunicar es incurrir en mala praxis. 2.- Es una responsabilidad objetiva. 3.- Incumplir e indemnizar. 4.- De qué casos estamos hablando. 5.- Las preguntas cruciales. 6.- La información protege al médico. 7.- El paciente tiene derecho a conocer a qué se expone. 8.- Tasas de riesgo. 9.- Un ejemplo: cirugía de hernia inguinal. 10.- Otro ejemplo: cirugía de vesícula. 11.- Los avances médicos no siempre son lineales. 12.- Situaciones con dos, con varias o sin ninguna opción. 13.- Qué son los “procedimientos alternativos” 14.- Respetar las decisiones acientíficas. 15.- Invasión corporal no aceptada. 16.- La desinformación como causa adecuada. 17.- Médico incompetente que no informa el riesgo porque lo ignora. 18.- Impericia más desinformación. 19.- ¿Riesgo no informado es igual a riesgo asumido? 20.- La disidencia de Highton y Petracchi en “Godoy Aguirre” 21.- Es una responsabilidad por omisión. 22.- “Si me hubieran dicho, no me habría operado” 23.- El consentimiento hipotético es contrafáctico. 24.- Consentimiento hipotético ¿del actor? 25.- ¿De un paciente razonable? 26.- Siempre hay un contexto. 27.- Comparar la situación actual con la hipotética. 28.- No informar los riesgos daña la dignidad. 29.- Otros aspectos perjudiciales. 30.- A modo de cierre. 31.- Bibliografía

**<sup>1</sup>Abogado (UNC).  
Profesor de Derecho  
Procesal Civil (UNC).**

**Palabras clave:**  
Complicaciones  
postquirúrgicas -  
consentimiento informado -  
derecho a decidir -  
responsabilidad médica.

**Keywords:**  
Post-surgical complications  
- informed consent - patient  
autonomy - medical liability.

**Resumen:** Esta colaboración se centra en los casos donde, después de una intervención bien practicada, se presenta una complicación postquirúrgica que genera daños en la salud. ¿Hasta dónde se extiende la responsabilidad civil del médico si esa posible secuela no fue debidamente informada?

<sup>2</sup> *Pensamientos jurídicos selectos*, Juris, Rosario, 2005, p. 9.

**Abstract:** This paper examines cases in which post-surgical complications occur despite a well-executed surgery, resulting in subsequent health damages. How far does a doctor's liability extend if this potential sequel was not duly informed?

### 1.- No comunicar es incurrir en mala praxis

Cada vez más mediaciones y más demandas son por déficits en consentimientos para prácticas de salud. La ley de los pacientes y el código se han percatado del problema: impresiona lo minuciosa que es la reglamentación<sup>3</sup>. Y el régimen del consumidor incide en muchos supuestos<sup>4</sup>. Otros ordenamientos más específicos se ocupan también de esta figura: la ley de trasplantes de órganos, la de HIV, la de anticoncepción quirúrgica, la de interrupción voluntaria del embarazo, la de violencia obstétrica. O sea que, desde lo normativo, el *informed consent* está consolidado y difundido. Se trata, para algunos, de “uno de los máximos aportes que el derecho ha realizado a la medicina, por lo menos en los últimos siglos”<sup>5</sup>.

Con todo, resulta sumamente intrincado precisar hasta dónde llega la responsabilidad civil (no solo del médico, sino del establecimiento público o privado) cuando, luego de una intervención, aparecen complicaciones que no fueron advertidas al paciente.

### 2.- Es una responsabilidad objetiva

Informar, para el médico, es una obligación de hacer. Además, se trata de una obligación *de resultado*<sup>6</sup>. Por eso, si a una situación de “ninguna información” (incumplimiento absoluto) o de “información deficiente” (cumplimiento defectuoso) le sigue un daño, se desencadenan tres importantísimas consecuencias, ahora recogidas en el art. 1722:

no tiene sentido establecer si, al incumplir, el profesional incurrió o no en culpa<sup>7</sup>;  
lo único que exime son las causas ajenas;

el estándar probatorio es agravado: la ley presume el nexo adecuado y, por ende, el sindicado como responsable debe demostrar que la correlación incumplimiento-daño no es técnicamente causalidad.

<sup>3</sup> El código derogado no tenía ningún artículo tan largo y detallista como el actual art. 59. En España, por ejemplo, la ley 41/2002, en lugar de una lista con los datos que deben comunicarse, adopta esta fórmula indeterminada: “toda la información disponible”.

<sup>4</sup> Explicar los riesgos es algo que también deben hacer las empresas médicas.

<sup>5</sup> TALLONE, Federico C., *La importancia del consentimiento informado en la praxis médica*, RCyS, 2004, p. 576.

<sup>6</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, ps. 241 y 330. En esta línea, se ha enfatizado que “la información constituye en sí misma un resultado que debe acreditar el profesional” (CASTAÑO RESTREPO, Patricia – WEINGARTEN, Celia – LOVECE, Graciela – GHERSI, Carlos, *Contrato médico y consentimiento informado*, Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 60). Es que los textos legales aseguran que el paciente *recibirá* la información (art. 59 del código y art. 5º de la ley de los pacientes). Y desde un punto de vista general “hay promesa de resultado, con o sin pacto entre las partes, y cualquiera sea su contenido, si la buena fe impone la obligación de asegurar un fin” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, t. I, Alveroni, Córdoba, 2015, p. 679).

<sup>7</sup> Esto no significa que no pueda existir negligencia o incluso dolo (pensemos en un médico que minimiza los peligros para captar pacientes). Pero ello no incide cualitativamente sobre la imputación en sí misma.

### 3.- Incumplir e indemnizar

Como las exigencias comunicativas impuestas por la ley son muy severas, puede ser fácil llegar a la conclusión de que hubo alguna falla. En un sistema de salud masivo y deteriorado, resulta utópico explicar con claridad, uno por uno, todos los datos que enumera el citado art. 59<sup>8</sup>.

Además, las disparidades interpretativas hacen que “irónicamente, la doctrina legal del consentimiento informado falle, precisamente, en informar al médico sobre lo que realmente le es exigido”<sup>9</sup>.

Pero un defecto de conducta no alcanza por sí solo para que exista responsabilidad resarcitoria. Una cosa es desatender una obligación y otra es tener que cubrir un daño<sup>10</sup>.

En los conflictos donde un paciente dice haber sido mal informado, la verdadera batalla argumentativa y probatoria no suele estar en el incumplimiento. Tampoco, en el factor de atribución. Lo dirimente es identificar si hay daños con un nexo de causalidad adecuada respecto de la falta de información.

### 4.- De qué casos estamos hablando

No nos ocuparemos de las iatrogenias por malas técnicas quirúrgicas. Lo que nos interesan son las secuelas postoperatorias donde existe convicción sobre lo siguiente:

correspondía practicar esa cirugía<sup>11</sup>;

la intervención fue bien realizada<sup>12</sup>;

luego de ello, el paciente presentó un deterioro en su salud que antes no existía<sup>13</sup>;

dicha dolencia es descripta por la literatura especializada como uno de los riesgos asociados a ese procedimiento en particular<sup>14</sup>;

<sup>8</sup> La regulación pareciera exigir que el paciente sea instruido con un mini curso acelerado sobre la patología que lo aqueja.

<sup>9</sup> FERRERES, Alberto R., *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 53. Esta reflexión es particularmente atinada en lo que hace a qué riesgos concretamente deben ser advertidos.

<sup>10</sup> El deudor incumplidor debe indemnizar al acreedor “siempre que concurran los presupuestos de la responsabilidad civil” (XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mendoza, 2022). Es que “contrariamente a lo que sugiere el art. 955, el incumplimiento imputable al deudor no siempre genera daños resarcibles” (GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *El incumplimiento de la obligación*, ponencia presentada a ese encuentro científico).

<sup>11</sup> Es decir, el diagnóstico y la decisión sobre qué tipo de tratamiento emprender fueron correctos.

<sup>12</sup> Quedan así afuera los litigios donde el actor afirma que no hubo una buena técnica quirúrgica y –como imputación adicional o subsidiaria– también se queja de que no se le informaron los riesgos. Estas situaciones deben resolverse de una manera diferente: “cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto” (LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997, t. I, p. 212).

<sup>13</sup> Dejamos de lado las hipótesis –más enredadas desde el punto de vista fáctico– donde la cirugía no logra detener el curso patológico que ya había comenzado: “el enfermo está sometido desde antes a un proceso, trae incorporada una causa cuya evolución natural puede generar una consecuencia. El médico comienza entonces a actuar sobre esa primera causa, para tratar de romper o revertir esa relación de causalidad, mediante la inserción de una conducta de la que ordinariamente se esperan ciertos resultados inversos” (CASTAÑO RESTREPO, Patricia – WEINGARTEN, Celia – LOVECE, Graciela – GHERSI, Carlos, *Contrato médico y consentimiento informado*, Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 34)

<sup>14</sup> Son casos donde la etiología de la dolencia es la propia cirugía. En otros no se puede descartar, por ejemplo, que el origen haya sido que no se respetaron las indicaciones luego del alta hospitalaria.

es decir, el paciente tuvo la mala suerte de ser uno los casos estadísticamente infrecuentes<sup>15</sup>;  
no era un caso de urgencia<sup>16</sup>;  
era ineludible informar dicho riesgo<sup>17</sup>;  
el paciente aceptó que se practicara esa cirugía<sup>18</sup>;  
pero el profesional no anotició al paciente que ese evento podía ocurrir<sup>19</sup>.

### 5.- Las preguntas cruciales

En definitiva, la cuestión resarcitoria que abordaremos se suscita con aquellas complicaciones postquirúrgicas que exhiben tres características negativas:  
no fueron informadas;  
no las precedió ninguna culpa;  
no fueron causadas por algún vicio de las cosas empleadas<sup>20</sup>.

Pues bien, incluso estos casos “simplificados” generan marcados disensos al momento de despejar estas incógnitas: *¿existe alguna circunstancia que exonere al médico? Y si no la hay ¿qué daños deben ser resarcidos?*

### 6.- La información protege al médico

La figura que estamos analizando tiene su reverso: para el cirujano, el consentimiento informado presenta la enorme ventaja de que descarta cualquier reclamo por aquellos daños cuya ocurrencia fue alertada al paciente. Se trata de una eximente respecto de esas contingencias. En este sentido, el profesional que descuida el aspecto informativo está descuidando sus propios intereses<sup>21</sup>. Así, en un caso un hombre contrató cuatro cirugías estéticas simultáneas (ginecomastia, dermolipectomía, lifting y blefaroplastia) y luego reclamó por distintas cicatrices. No obstante, la pericia señaló que no podía afirmarse que las incisiones o las suturas hubieran sido mal realizadas (según el dictamen, lo que presentaba el actor no era otra cosa que “el paso imborrable del bisturí”). Y bien, la cámara juzgó que la demanda debía ser rechazada porque los documentos firmados mencionaban esas características de las cicatrices (alopécicas, hipertróficas, dehiscentes o queloides) como posibles complicaciones<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> En la bibliografía médica abundan los estudios empíricos que indican que 1 de tantas personas sometidas al tratamiento “x” sufre la complicación “y”.

<sup>16</sup> Esto excluye esos casos apremiantes donde el médico ni siquiera tiene que pedir permiso.

<sup>17</sup> A veces el facultativo argumenta que, como era un riesgo muy atípico o muy infrecuente, no hacía falta advertirlo. Hay jurisprudencia sobre esto: “Si el síndrome que presenta el paciente luego de ser intervenido quirúrgicamente (en el caso: de cataratas), sólo se presenta en un dos por ciento de los operados, no puede responsabilizarse al facultativo por no haberlo informado, en atención a las escasas e inciertas probabilidades que existían de que se presentara dicha complicación” (CNCiv., sala M, 30/8/01, “Garigliano c/ Paris”).

<sup>18</sup> Es decir, existió lo que se denomina consentimiento “simple”.

<sup>19</sup> Para aislar bien el problema, partiremos de casos donde está claro que ese riesgo puntual no fue mencionado.

<sup>20</sup> Recordemos que un cirujano responde por actos culposos (un diagnóstico desacertado, una técnica inadecuada, etcétera) y también por vicios en las cosas que utilice (art. 1768).

<sup>21</sup> Pero no es bueno que los médicos tengan más incentivos para informar bien que para operar bien.

<sup>22</sup> CNCiv., sala A, 5.6.14, “Castañares c. Ferriols”. Este fallo presenta dos posibles encuadres para fundar el juicio de irresponsabilidad: para Molteni y Li Rosi se había configurado “un hecho fortuito propio de la víctima (anormal proceso de cicatrización) que de ningún modo puede ser imputado al emplazado”; en cambio, para Picasso “el daño por la deficiente cicatrización se encuentra cubierto por una causa de justificación, consistente en el consentimiento de la víctima –debidamente informada sobre la posibilidad de su materialización pese a la diligencia del cirujano- lo que quita antijuridicidad a la conducta del galeno”.

### **7.- El paciente tiene derecho a conocer a qué se expone**

Consentir es algo que sólo puede suceder después de un diálogo. Ese proceso comunicativo no se reduce a la firma del paciente en un instrumento pre-impreso (entregado el mismo día de la cirugía, por un empleado administrativo en la oficina de admisión del establecimiento)<sup>23</sup>. Tampoco, a una atestación aislada del médico en la historia clínica. Lo aconsejable es dejar rastros que generen convicción de que se cumplieron los estándares que fija la ley (que, reiteramos, son muy altos).

No obstante, suponiendo un documento, debe consignar que el paciente, en lo que aquí interesa, “recibió” estos datos:

qué riesgos conlleva el procedimiento aconsejado;

qué riesgos implica no realizarlo;

en su caso: qué riesgos tiene el procedimiento alternativo existente;

qué riesgos tiene rechazar ese procedimiento alternativo.

Las normas vigentes buscan que el enfermo quede en condiciones de saber “cuál es el precio (en salud) que puede llegar a tener que pagar para obtener los ansiados (y muy respetables) beneficios”<sup>24</sup>.

### **8.- Tasas de riesgo**

La premisa que debe guiar el razonamiento jurídico es bastante obvia (al menos, en términos generales): *todo procedimiento quirúrgico, indistintamente de su complejidad, implica algunos riesgos para el paciente*. En otros términos: *los médicos no pueden evitar determinadas situaciones negativas*. Ello es así incluso aunque se cumplan de manera prolija y con destreza todos los protocolos<sup>25</sup>.

Nuestro código acepta esta limitación científica cuando alude a los “efectos adversos previsibles” como una de las circunstancias que deben ser advertidas (art. 59 inc. d). Como es sabido, las cirugías programadas van precedidas de ciertos estudios (informes de laboratorio, cardiovasculares, valoración preanestésica) que clasifican el riesgo de cada paciente. Esas prácticas preparatorias también sirven para detectar comorbilidades no evidentes (diabetes, hipertensión) que, junto con las ostensibles (edad avanzada, obesidad), incrementan los peligros de ese paciente en particular (de allí la denominación “factores de riesgo”).

Además, en distintas especialidades existen los llamados “estudios multicéntricos”, en servicios quirúrgicos de grandes hospitales nacionales y extranjeros, que han medido las complicaciones más frecuentes (*failure rates*) de ciertas cirugías, realizadas por cirujanos expertos y en las mejores condiciones.

<sup>23</sup> Esos instrumentos sumamente estandarizados han sido declarados ineficaces: “un formulario tan genérico que pretenda abarcar todo tipo de intervención, en definitiva, no sirve adecuadamente para ninguna” (CNCiv., sala G, 28.10.22 en D., P. c. R., D. y Otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux., ED-MVCDLXII-493).

<sup>24</sup> CCom. de San Martín, sala II, 17.2.05, en “Muzzupapa c. Rodríguez”, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 625

<sup>25</sup> Esto es tan trascendente que moldea la obligación central del médico: “cualquier intervención sobre el cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles o inevitables, pues, a pesar de que las reacciones del organismo suelen responder a un patrón de conducta, siempre pueden presentar un imponderable que torna inseguro todo resultado. Al estar presente dicho alea, no puede entonces exigirse al profesional que asegure un resultado” (CNCiv., sala J, 28.12.22, “B., L. A. c. N., H. D”, ED, MVID-202).

### **9.- Un ejemplo: cirugía de hernia inguinal**

Así, se ha estudiado la tasa de recurrencia de la cirugía de hernia inguinal, que es un tratamiento prevalente, tanto en niños como en adultos. Esa tasa era de un 10%: esto quiere decir que luego de la cirugía de reparación de la hernia, en un 10% de los pacientes operados la hernia volvía a aparecer dentro de los 2 años. Los factores que predisponen a la recidiva son inherentes al propio paciente (fragilidad de tejidos, constipación, tos crónica, prostatismo, obesidad). Actualmente, con la colocación de mallas por videolaparoscopia, se ha logrado reducir dicha tasa al 5%<sup>26</sup>.

### **10.- Otro ejemplo: cirugía de vesícula**

En este otro procedimiento la complicación más frecuente es el “síndrome post-colecistectomía”, que hace referencia a los síntomas que pueden aparecer luego de extirpar la vesícula. El paciente persiste con síntomas semejantes a los que tenía antes de la intervención (dolor, distensión abdominal, náuseas), a los que se agregan cuadros de diarrea por aumento de pasaje de bilis al tracto digestivo. Esto ocurre en un 20% de los pacientes operados, de acuerdo a las estadísticas internacionales<sup>27</sup>. Ello no obedece a una mala técnica quirúrgica, sino a las características propias de la intervención y a factores que presentan ciertos pacientes.

### **11.- Los avances médicos no siempre son lineales**

Es más seguro operarse hoy que hace treinta años. Los médicos cada vez saben más sobre las enfermedades. Y los establecimientos de salud cuentan con herramientas tecnológicas cada vez más sofisticadas.

Sin embargo, las innovaciones a veces traen peligros que antes no existían. Ellos pueden permanecer ocultos hasta que otro avance científico los “descubre”. Por ejemplo, en Estados Unidos durante décadas se consideró un avance prescribir un tipo de estrógeno (*diethylstilbestrol*), para prevenir pérdidas de embarazos, pero luego se comprobó que ese medicamento había causado cáncer a muchas hijas y nietas de las embarazadas. Esto motivó el conocido caso “Sindell” de 1980, de la Corte de California<sup>28</sup>.

### **12.- Situaciones con dos, con varias o sin ninguna opción**

En la medicina el margen de autodeterminación no es constante ni inamovible:  
una rinoplastia no es igual a la exéresis de un carcinoma agresivo;  
hay muchas marcas, tamaños y formas de implantes mamarios;  
un tratamiento convencional genera menos inquietud que la sugerencia de otro que está en fase experimental;  
no es lo mismo donar un riñón que recibir uno;

<sup>26</sup> DEYSINE, M., Inguinal herniorrhaphy. Reduced morbidity by service standardization, en Arch. Surg, 1991: 126, p. 628; BENAVID, R., New techniques in hernia repair, en World J Surgery, 1989: 13, p. 522; HAAPANIEMI A. - NORDIN P., Present rate of failure rates (Clinical studies and epidemiologic database short and long term), en Berlin Springer, 2007, p. 3; HAAPANIEMI A. - GUNNARSSON U., Reoperation after recurrent groin hernia repair, en Ann Surgery, 2001:234, p. 122.

<sup>27</sup> BODVALL, B., *The postcholecystectomy syndromes*, en Cl. Gastroenterol., 2:103, 1987; Christiansen, J. – Schmith, A., The postcholecystectomy syndrome, en Acta Chir. Sean. 137:798, 1991; Domedoff, L. – Schersen, T., *Prognosis of early postcholecystectomy distress. Analysis of 593 patients cholecystectomized for gallstone disease*, en Ac. Chi.Scand., 134:291,1998.

<sup>28</sup> 26 Cal. 3d 588 (1980).

ciertas dolencias no generan ni siquiera molestias y nada indica que se agravarán en el corto plazo: no necesitan un abordaje inmediato; pero en otras ocasiones, aceptar o rechazar la cirugía aconsejada es una disyuntiva puramente teórica: pensemos, por ejemplo, en una fractura expuesta o en una rotura dentaria que afecta el nervio.

No siempre es correcto afirmar retrospectivamente –de manera tajante, sin analizar toda la situación– que la omisión del médico “privó al paciente de su derecho a elegir”. Muchas situaciones no contaban con ningún otro procedimiento diferente al que fue aconsejado. Es más, en algunos casos rechazar el tratamiento no era una verdadera posibilidad<sup>29</sup>.

Es francamente inusual que un enfermo tenga un menú de terapias con la misma eficacia, el mismo nivel de peligrosidad y el mismo costo económico.

Por consiguiente, una premisa para juzgar este tipo de responsabilidad es que *el derecho del paciente a elegir no se ejerce en el vacío*. La legislación española está bien lograda en este punto, cuando señala que la información es para que el paciente pueda valorar “las opciones *propias del caso*”<sup>30</sup>.

### **13.- Qué son los “procedimientos alternativos”**

Esta expresión que usan el art. 59 del código y el art. 5º de la ley de los pacientes necesita una desambiguación.

“Medicinas alternativas” alude a prácticas sin suficiente respaldo epistemológico (por ejemplo, la naturopatía). Ellas pueden ser muy peligrosas, salvo que únicamente se las emplee como refuerzo complementario de los tratamientos convencionales.

Por ende, entendemos que no existe obligación de instruir al paciente sobre la posibilidad de iniciar alguna terapia no validada por la medicina basada en la evidencia.

La consecuencia es la siguiente: no es aceptable argüir que el desconocimiento sobre el riesgo que se concretó –derivado de una cirugía bien realizada– cercenó la posibilidad del enfermo de inclinarse por tratamientos que no son reconocidos por las sociedades académicas, que no se enseñan en las facultades de medicina y que no se practican en centros de salud habilitados.

### **14.- Respetar las decisiones acientíficas**

Que el médico no esté obligado a informar, por ejemplo, sobre terapias ayurvédicas, no significa que no deba respetar la decisión del paciente de emprender ese camino. No todos compartimos los mismos valores ni el mismo proyecto de vida.

Es más, para algunas personas, curarse directamente no es lo más importante<sup>31</sup>. Una muestra paradigmática es la de los testigos de Jehová<sup>32</sup>. Otro ejemplo: en un caso se

<sup>29</sup> En este importante punto discrepamos con Highton y Wierzba, que sostienen que “la mayoría de las veces hay opciones” y que “además, siempre está la alternativa del no tratamiento” (*La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 513).

<sup>30</sup> Art. 8 de la ley 41/2002 (la cursiva es nuestra).

<sup>31</sup> La autonomía tiene un valor ético en sí misma: no interesa el contenido de la decisión. El enfermo tiene derecho a que se respete su oposición a actos médicos aptos para mejorar significativamente la salud o incluso para evitar la muerte. Y ni siquiera hace falta que exprese el motivo de su negativa (art. 2º de la ley de los pacientes).

<sup>32</sup> En “Bahamondez” de 1993 (Fallos: 316:479), la Corte por mayoría declaró que la negativa a recibir sangre se había tornado abstracta. Pero los ministros Barra y Fayt creyeron necesario agregar, entre otros conceptos, que la ley 17.132 –cuyas implicancias normativas hoy están mucho más desarrolladas por las leyes ya mencionadas en

desestimó el planteo de los hijos que impugnaban la negativa de su padre a que se le amputara una pierna con gangrena, pese al grave pronóstico que eso implicaba<sup>33</sup>. El derecho al consentimiento justamente se basa en que *lo definitorio son las preferencias personales (informadas)*: “más de un paciente en pleno uso de su razón elegirá un curso de acción que no será el óptimo de acuerdo a los criterios científicos”<sup>34</sup>. Si lo único que importara fueran los consensos entre los especialistas, no haría falta advertir sobre los riesgos implicados cuando se trate de una enfermedad para la cual solo existe un único tratamiento “oficial”<sup>35</sup>.

### 15.- Invasión corporal no aceptada

Los precedentes judiciales más antiguos –ingleses y norteamericanos– fueron por hechos sumamente graves: médicos que no pidieron permiso al enfermo o que incluso actuaron contra su voluntad. No eran cirugías con consentimiento *deficiente* sino con consentimiento *inexistente*<sup>36</sup>. De allí es que esas primeras sentencias partieron de la base de que una intervención no autorizada es un acto de violencia: un ataque contra la persona (*battery*)<sup>37</sup>.

Es que el cirujano, sencillamente, “carece de todo derecho sobre el cuerpo del paciente”<sup>38</sup>. Por eso, suponiendo semejante “sometimiento clínico”<sup>39</sup>, no caben dudas de que esa irrupción es una ofensa con entidad jurídica propia. Efectivamente, *el profesional causó un daño moral específico, diferenciado o autónomo*<sup>40</sup>. Este perjuicio es notorio (art. 1744 del código). Y si la intervención arbitraria no era urgente y sobreviene un período de convalecencia, se agregarán los daños económicos relacionados con la actividad del enfermo<sup>41</sup>.

Es más, la responsabilidad por estos daños subsiste, *aunque la intervención sea exitosa*. Aquí no estamos hablando de consecuencias espirituales negativas por un empeoramiento de la salud (que, insistimos, puede no ocurrir), sino provenientes de un ultraje a la integridad física: “las lesiones consiguientes derivadas del tratamiento, bueno o malo, son motivo de otro análisis”<sup>42</sup>.

---

el texto– “aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento”. Luego, en “Albarracini Nieves” de 2012 (Fallos: 335:799) la Corte ratificó que el art. 19 de la Constitución exige respetar estas decisiones religiosas dañinas para la salud “aunque a lo mejor resulten molestas para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo”.

<sup>33</sup> CNCiv., sala H, 21.2.91, “Jakobson s/ autorización”, expte. 86.598, JA, 1992-II-306 y en LL, 1991-B-363, con nota aprobatoria de Jorge Bustamante Alsina *La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo*.

<sup>34</sup> HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 513.

<sup>35</sup> STS de España, sentencia del 8 de septiembre de 2003.

<sup>36</sup> TARODO SORIA, Salvador, *La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano*, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, n.º. 1, 2006, p. 229. En “Slater” de 1767 un paciente solicitó que se le sacara un vendaje, pero los médicos refracturaron la pierna y colocaron un aparato para intentar enderezarla. En “Schloendorff” de 1878 una paciente se limitó a autorizar un estudio invasivo con fines de diagnóstico, pero pese a ello le fue extraído un tumor.

<sup>37</sup> Para un enfoque penal de estos actos: ZAFFARONI, E. Raúl, *Consentimiento y lesión quirúrgica*, en JA, 1973, Doctrina, p. 393.

<sup>38</sup> TALE, Camilo, *Examen de las actitudes y de los principios de la bioética contemporánea predominante*, en la obra colectiva *Principios de bioética*, Ed. Fundación Alberto J. Roemmers, Buenos Aires, 1998, p. 174.

<sup>39</sup> Tomamos esta expresión de PUCHETA, Leandro, *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, en ED-MMCLXXXI-198.

<sup>40</sup> En estos supuestos deviene imposible disociar el daño-evento del daño-consecuencia.

<sup>41</sup> TOBIÁS, José W., *El consentimiento del paciente en el acto médico*, ED, 93-93.

<sup>42</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997, t. I, p. 211.

Adviértase entonces lo siguiente: aunque la cirugía haya sido bien practicada, puede suceder que el médico deba indemnizar el daño derivado del atropello personal más los daños derivados de complicaciones postquirúrgicas (que, por hipótesis, no fueron informadas ni aceptadas: aquí ni siquiera existe el llamado consentimiento “simple”). Por supuesto, puede acontecer que la invasión corporal sea con inobservancia de la *lex artis*: por ejemplo, un médico extirpa un ovario quístico sin consentimiento previo y además lo hace innecesariamente, porque existía la posibilidad de extraer el quiste salvando el ovario<sup>43</sup>.

Pero hoy la casuística que predomina es diferente: se trata generalmente de situaciones donde *el paciente sabía que se iba a realizar esa cirugía*, pero plantea que nadie le explicó que podía producirse la complicación que lo aqueja.

### 16.- La desinformación como causa adecuada

Hay situaciones –diferentes a las que constituyen el núcleo de este estudio– donde resulta comparativamente más sencillo establecer el nexo. Son casos donde la salud desmejoró porque el paciente ignoraba el riesgo que debió ser comunicado:

El ejemplo más perceptible es el de la persona operada que no adoptó los cuidados postquirúrgicos imprescindibles porque el cirujano nunca se los indicó<sup>44</sup>.

En una demanda se planteó que una embarazada con un parto de riesgo murió porque, mientras estaba en la clínica donde había hecho un tratamiento de fertilidad, no fue informada por su médico de confianza de que lo mejor era trasladarse a un centro de mayor complejidad: “solamente se efectuó esa comunicación cuando el estado se había tornado de suma gravedad”<sup>45</sup>.

Cabe incluir aquí las demandas por *wrongful conception*, es decir, anticoncepciones fallidas precedidas de déficits informativos<sup>46</sup>. Entre nosotros, una madre de tres hijos solicitó ligarse las trompas de Falopio, pero quedó embarazada por cuarta vez y demandó al médico que no le aclaró que el procedimiento no garantizaba resultados absolutos, dado que puede presentarse una recanalización espontánea o una fístula<sup>47</sup>.

En otras hipótesis el daño es generado porque el médico no fue contundente sobre los peligros de rechazar el procedimiento aconsejado (art. 59 inc. f del código). Así, en un caso una mujer se practicó una mamoplastia y en el postoperatorio sufrió infecciones y otras complicaciones porque desobedeció las indicaciones de reposo e higiene. La cirujana tratante le aconsejó retirar los implantes, pero la paciente se negó y eso agravó aún más el cuadro. Finalmente, la joven fue convencida por otro profesional, pero a esa altura varias secuelas ya eran irreversibles. En este peculiar contexto la cirujana fue condenada porque se le reprochó que “no ejerció todo su

<sup>43</sup> CNCiv., sala D, 9.3.04, “F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica”, RCyS, 2004, p. 387.

<sup>44</sup> Ver ejemplos en KRAUT, Alfredo Jorge, *Los derechos de los pacientes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 167 y en p. 153.

<sup>45</sup> CNCiv., sala B, 19.11.04, “Broda c. Neuspiller y otros”.

<sup>46</sup> LUCHINI-GUASTALLA, Emanuele, *El daño por procreación indeseada*, en AMEAL, Oscar J. (dir.), *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.p. 1611. En el mismo libro Alfredo J. Kraut comenta sentencias españolas (*Médicos y deber de información: responsabilidad civil en caso de incumplimiento*, p. 1595).

<sup>47</sup> CNCiv., sala G, dic. 2017 en “V. P., V. A. y otro c/ IN.M. de O. S.A.”, en Revista Derecho y Salud, Universidad Blas Pascal, año 2, nro. 2, p. 236, con nota de Agustina Dallegre, *Responsabilidad por incumplimiento al deber de información* y en RCyS, 2018-5, p.l 71, con nota de Ignacio González Magaña, *El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida*.

poder de persuasión para demostrarle a la paciente que estaba en un camino muy riesgoso”, es decir, “no puso la debida diligencia para explicar la seriedad de lo que ocurría”<sup>48</sup>.

También en otra cirugía de mamas, se entendió que “aun cuando el tamaño de las prótesis haya sido elegido por la accionante, era el cirujano el que cargaba con la responsabilidad de indicarle a su paciente la mala elección efectuada”<sup>49</sup>.

### **17.- Médico incompetente que no informa el riesgo porque lo ignora**

Otra hipótesis que debe deslindarse es aquella donde el profesional omite advertir alguna contraindicación, pero porque no se da cuenta del factor de riesgo específico del paciente (esto puede obedecer a que no se completaron todos los estudios correspondientes, o a que no fueron bien interpretados).

También puede acontecer que el facultativo directamente no sepa que ciertos tratamientos son desaconsejados en general para todos los enfermos que tienen ciertas dolencias. Por ejemplo, en un caso de una mujer con problemas hepáticos previos se resolvió que no podía pretenderse que fuera ella quien se tomara el trabajo de leer el prospecto del medicamento que le indicó su médico<sup>50</sup>.

### **18.- Impericia más desinformación**

Que ambos planos pueden entremezclarse es algo constatable en este caso por una rinoplastia: la cirujana estética, después de una única consulta y pese a que la paciente refirió tener dificultades para respirar, redujo quirúrgicamente las alas nasales, lo cual agravó ese problema previo. La cámara reprochó dos cosas a la médica: no haber requerido estudios complementarios (para valorar adecuadamente qué consecuencias podía tener esa operación) y no haber dejado constancia de que la paciente aceptaba la posibilidad de un empeoramiento en su insuficiencia ventilatoria<sup>51</sup>. Sobre esto último, acotamos que eso no habría exonerado por los malos resultados de una cirugía que no era aconsejable para esa mujer.

En otro caso, motivado por una cirugía de cataratas, el máximo tribunal bonaerense juzgó que si bien el oftalmólogo había omitido aclarar que una complicación posible era que quedaran restos de cristalino, lo más importante es que había existido impericia porque esos restos no habían sido bien aspirados<sup>52</sup>.

Estos ejemplos sirven para remarcar dos aspectos:

si la cirugía fue realizada de manera incorrecta, no tiene sentido enfocarse en la falta de explicaciones previas: el médico directamente deberá pagar por los daños causados por su negligencia, impudencia o impericia;

el consentimiento informado no funciona como una patente de corso para las malas técnicas quirúrgica.

### **19.- ¿Riesgo no informado es igual a riesgo asumido?**

Algunos tribunales encaran este tema como si se tratara de una responsabilidad civil automática: entienden que la obligación resarcitoria se dispara siempre que pueda constatarse el incumplimiento imputable de la obligación de informar.

<sup>48</sup> CNCiv., sala M, 25.7.08, “Arias c. Gutiérrez”.

<sup>49</sup> CNCiv., sala D, 5.6.17, “Catalán c. Maisonave”.

<sup>50</sup> CCCom. de San Martín, sala I, 5.9.00, “Torres c. Clínica Sarmiento y otro”, LLBA, 2001-841.

<sup>51</sup> Cám. 5ª Civ. y Com. Cba., 29.9.16, “V., V. M. c/ T., S. I. - T., A. S. y otro - Expte. 1558981/36”, ED, 271-371.

<sup>52</sup> SCJBA, Ac. 82.684, 31.3.04, “Abdelnur de Molina c. Meroni”.

Ciertamente, existen condenas que—de manera más o menos explícita— se basan en esta secuencia: (a) la secuela que presenta el demandante es compatible con una cirugía bien practicada; (b) pero él no sabía que podía ocurrir esa contingencia; (c) hubo una omisión informativa que le impidió aceptar ese riesgo inherente al acto; (d) de hecho, fue el médico quien decidió en lugar del paciente; (e) al proceder de esa manera, el profesional asumió el albur de que esa lesión se materializara; (f) por consiguiente, debe indemnizar las consecuencias de esa lesión.

Un caso difundido que tuvo esta lógica fue “Patrón”: un paciente sufrió lesiones neurológicas irreversibles con motivo de un estudio invasivo consistente en una arteriografía cerebral, que fue ordenada por el servicio de cardiología y practicada por el servicio de hemodinamia, ambos del Hospital Militar<sup>53</sup>. El precedente enfatizó la necesidad de advertir los riesgos específicos (aceptar un cateterismo no es lo mismo que aceptar un cateterismo sabiendo los peligros que se corren), pero *no ahondó en el problema causal*. El mismo error se detecta en muchos fallos españoles que adoptan el razonamiento lineal (riesgo no informado = riesgo asumido) descripto en el párrafo anterior<sup>54</sup>.

## **20.- La disidencia de Highton y Petracchi en “Godoy Aguirre”**

Los repertorios registran un caso posterior casi idéntico —en sus hechos y en la forma de argumentar— al descripto en el punto anterior. En efecto, en “Godoy Aguirre” una mujer a la que se practicó una angiografía digital de cerebro por cateterismo salió del estudio con una incapacidad del 100%. La cámara condenó a los demandados a resarcir todas las repercusiones sufridas por la actora, con el único fundamento de que no había constancia de que a la paciente se le hubieran explicado los riesgos implicados<sup>55</sup>.

La sentencia fue recurrida a la Corte Suprema. La mayoría aplicó el art. 280, cód. procesal (Fallos: 331:1804). Pero lo interesante es la disidencia conjunta de Highton y Petracchi, ya que tiene muchísima sustancia para nuestro tema:

Es que este voto fija el marco dogmático bajo el cual deben juzgarse estos casos. Con sentido docente, señala que la responsabilidad por falta de consentimiento informado “se asienta en la afirmación de que, de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a la práctica médica”. Deben, por consiguiente, valorarse “los elementos objetivos que indican el estado clínico” y “los medios técnicos alternativos existentes para su diagnóstico y tratamiento”, a los fines de fijar “el marco de opciones con que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional” (consid. 7).

A partir de allí, estos ministros entendieron que la cámara “obvió ponderar el estado de salud de la paciente antes de que se efectuara la práctica, el grado de necesidad de emplear esa técnica diagnóstica en función de la cirugía que debía llevarse a cabo, la inexistencia en esa época de otros medios alternativos de menor riesgo y la utilidad del estudio para la concreción exitosa de la extirpación del tumor”. Tales datos debieron haber sido conjugados “con la razonabilidad de una declaración —a

<sup>53</sup> CNCiv. y Com. Federal, sala I, 28.12.93, “Patrón c. Estado Nacional”, LL, 1994-D-20.

<sup>54</sup> Ver referencias en KVITKO, Luis A., *El consentimiento informado*, Dosyuna, Buenos Aires, 2009, p. 338 y en NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 156.

<sup>55</sup> CNCom., sala D, 2.6.04, “Godoy Aguirre c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica”, RCyS, 2004, p. 574.

cuya existencia tampoco se hizo mención– de que en ese complejo de circunstancias, desde parámetros objetivos o inclusive meramente subjetivos, el paciente no se habría sometido a la práctica indicada por el profesional” (consid. 13)<sup>56</sup>.

## 21.- Es una responsabilidad por omisión

Como puede apreciarse, estos casos de información incompleta deben ser solucionados mediante los postulados que indican cuándo hay responsabilidad *por no haber impedido un daño*. La responsabilidad médica por no informar riesgos, en definitiva, no es otra cosa que una especie de responsabilidad por omisión. Ciertamente:

la cirugía fue bien practicada;

la etiología de la complicación puede haber sido alguna circunstancia inherente al paciente o algo que el estado actual de los conocimientos no puede identificar;

el médico inobservó un imperativo legal de actuar: las normas vigentes, entre otros datos, exigen informar los “efectos adversos previsibles”<sup>57</sup>.

Por ende –al igual que en cualquier hipótesis de responsabilidad por omisión– el *quid* es determinar si la información no brindada habría evitado el desenlace negativo por el cual reclama el paciente<sup>58</sup>. Eso únicamente puede hacerse *mediante un juicio retrospectivo de inclusión hipotética*, considerando todos los hechos circundantes conocidos. Primero hay que retroceder, después añadir mentalmente la conducta omitida (la información no suministrada) para finalmente determinar qué habría sucedido si se hubiera cumplido la conducta exigida por la ley.

Esta reconstrucción es ineludible. Desde el punto de vista de los resultados no interesa qué posición se tenga en el debate –también planteado entre los penalistas– sobre si en la responsabilidad por omisiones puras hay o no causalidad adecuada<sup>59</sup>.

Cuando algunos fallos españoles condenatorios dicen “el efecto adverso no fue causado por la falta de información”, hay que entender que quieren decir que en las abstenciones la imputación funciona de otra manera<sup>60</sup>. De lo contrario, o se llega a un punto muerto o sino se abre el terreno para imputaciones distorsionadas. Esto tiene implicancias para el debate procesal: es muy común que el médico manifieste que él “no causó” la secuela que presenta el demandante. Pero esta simple frase, sin

<sup>56</sup> Lógicamente, estos lineamientos habían sido expuestos en la notable obra de Highton y Wierzba: *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 520.

<sup>57</sup> En la terminología del art. 1074 del código derogado, existe una “disposición de la ley” que obliga a cumplir lo omitido.

<sup>58</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, en *Responsabilidad médica*, Colección de Derecho Privado VI, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 136.

<sup>59</sup> Ambas posiciones están bien explicadas en PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 377 y ss. Nos hemos ocupado brevemente del punto en GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Las omisiones del Estado. Un análisis desde el Derecho de daños*, Foro de Córdoba, n° 47, p. 39.

<sup>60</sup> Ver referencias jurisprudenciales con este tipo de frases en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, Revista de Derecho de Daños, 2003-2, p. 179. Es más, este trabajo prueba en sí mismo lo que queremos demostrar: si bien discrepamos con algunas expresiones y rótulos que utiliza el autor, coincidimos con las conclusiones a las que llega, sobre todo con la más importante: no hay responsabilidad “si las circunstancias llevasen al tribunal a la convicción de que aún habiendo sido perfectamente informado de riesgos y de alternativas, el paciente habría optado –de manera inequívoca– por la acción curativa que sobre él se practicó”.

refutaciones con contenido y sin contrapruebas como las que veremos a continuación, carece de eficacia defensiva.

## **22.- “Si me hubieran dicho, no me habría operado”**

Habría entonces responsabilidad resarcitoria si el razonamiento contrafáctico mencionado en el acápite anterior permite llegar a esta conclusión: si el paciente hubiera sabido a qué se exponía, habría desistido de la intervención. En pocas palabras: *si había información, no había cirugía*.

Dicho estándar es conocido en Estados Unidos: “Causal connection exists between doctor's nondisclosure to patient and patient's damage when, but only when, disclosure of significant risks incidental to treatment would have resulted in decision against it”<sup>61</sup>. Es una especie del llamado “but-for test”.

Se trata, en definitiva, de determinar el *consentimiento hipotético*, vale decir, qué habría decidido el paciente de haber sido correctamente informado. Para eso es imprescindible ponderar “todas las particularidades del caso (gravedad de la enfermedad, urgencia del tratamiento, etc.)”<sup>62</sup>.

El corolario es que la imputación hacia el médico puede terminar siendo más o menos gravosa:

la responsabilidad será *total* si puede afirmarse que con información completa el paciente habría rechazado el acto médico (porque había otro tratamiento, o porque el damnificado habría preferido permanecer en el estado previo a la operación: esto último es particularmente importante en la medicina no curativa);

la responsabilidad será *igual a cero* si el juicio sobre este consentimiento hipotético arroja que el paciente igual se habría sometido a la intervención aún si hubiera recibido la advertencia omitida; entre estos dos extremos, se abre todo un arco de soluciones *intermedias*, si no hay seguridad sobre qué habría ocurrido de haberse informado el riesgo.

En el derecho judicial pueden encontrarse de estos tres tipos de razonamientos:

En un caso, se juzgó que si la paciente hubiera sido anoticiada de la posible necrosis de aureola y pezón, habría desistido de reducir sus mamas para aliviar dolores en su zona dorsal: “a una mujer de 36 años no le puede ser indiferente cómo quedan sus pechos tras una intervención conveniente para aliviar su dolor de espalda, pero en modo alguno necesaria para salvar su vida o evitar un mal mayor en la propia zona intervenida”<sup>63</sup>.

En una demanda por secuelas derivadas de una cirugía por un tumor en la columna, la condena de 1ª instancia fue revocada por la cámara porque, si bien las complicaciones no fueron advertidas, “no sólo no está probado que, por carecer de información, la actora haya resultado privada de optar por otro tratamiento, sino que esa hipótesis debe ser descartada por la conclusión del Comité Consultivo del Poder Judicial que dijo que no había otra alternativa quirúrgica y que la actora presentaba una mal evolución clínica y se encontraba en tratamiento con especialista del dolor”<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> “Canterbury vs. Spence”, de 1972, Corte de Columbia (464 F.2d 772).

<sup>62</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica*, ED, 197-709.

<sup>63</sup> STS España, 22-6-2004 (RJ 2004, 3958).

<sup>64</sup> Cám. 3ª Civ. y Com. Cba., sent. 104 del 5.7.16, “Savino c. Turrado - expte. 508092/36”.

En otro caso por una mamoplastia donde el implante se rompió, se hizo lugar a la demanda, pero sólo por un 20% de los daños derivados de la lesión: la cámara entendió que no podía pretenderse que la paciente demostrara, de manera negativa, que no se habría operado de haber sido advertida del riesgo de rotura. Si el cirujano pretendía una liberación total, eso exigía alguna colaboración probatoria. Pero “lo que sí resulta diáfano es que la actora no tuvo la posibilidad de analizar, con toda la información pertinente, si estaba dispuesta o no a la cirugía”. Por ende, se juzgó que esa posibilidad perdida determinaba un nexo causal en el porcentaje referido<sup>65</sup>. Es un cálculo parecido al que se utiliza para las chances. Pero aquí se trata de algo diferente de la generación de una chance negativa o de la privación de una chance positiva (de ganancias, de curación o de sobrevida). Es otro tipo de probabilidad. Por consiguiente, al menos desde lo terminológico no parece adecuado afirmar que la responsabilidad por falta de consentimiento informado puede generar una responsabilidad por chances<sup>66</sup>.

### 23.- El consentimiento hipotético es contrafáctico

Lo dicho hasta aquí no implica desconocer cuán difícil es encadenar hipótesis con eslabones que no sucedieron (el médico no informó, el paciente no eligió). También es sumamente dificultoso medir en qué porcentaje debe responderse a raíz de esta información jurídicamente impuesta y fácticamente no suministrada.

Sin embargo:

en el derecho de daños son comunes las reconstrucciones ficticias de realidades alternativas, que podrían haber existido pero que en realidad no existen: el axioma de esta disciplina, es decir la reparación plena, supone indagar cómo serían las cosas si el evento dañoso no hubiera tenido lugar;

estas dificultades sobre causalidades hipotéticas en casos de omisiones *no son novedosas ni exclusivas de la falta de información sobre riesgos médicos*: la posibilidad de hacer pagar todo, nada o un porcentaje del daño al sujeto que podía y debía evitarlo es una *vexata quaestio* de la responsabilidad civil<sup>67</sup>.

En suma: al igual que tantas otras herramientas jurídicas, el consentimiento hipotético no permite obtener conclusiones exactas sino tan solo plausibles. Pero es preferible algún mecanismo conceptual aproximativo que exija una fundamentación transparente, donde estén expuestas las bases que se utilizaron para decidir, que la pura e incontrolable discrecionalidad.

### 24.- Consentimiento hipotético ¿del actor?

Si el bien protegido es la autodeterminación, entonces la atención debiera centrarse en *si ese paciente* habría rechazado el tratamiento<sup>68</sup>. Pero también pareciera que la

<sup>65</sup> Cám. 7ª Civ. y Com. Cba., sent. 155 del 21.12.17, “Marengo c. Moretti - expte. N° 5730117”.

<sup>66</sup> En el sentido cuestionado: CALVO COSTA, Carlos Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones hominis en materia probatoria*, RCyS, 2004, p. 397.

<sup>67</sup> ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Buenos Aires, 1970, p. 112; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad civil por actos ilícitos de omisión*, JA, 1980-III-796; TALE, Camilo, *Los deberes positivos generales*, Foro de Córdoba, 26, p. 104, entre muchísimos otros.

<sup>68</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad*, en *Responsabilidad médica*, Colección de Derecho Privado VI, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, p. 138, y sus citas.

existencia misma y la cuantía de la responsabilidad del médico no pueden depender de la manifestación unilateral del propio reclamante:

las decisiones sobre la salud son personalísimas y no tienen por qué ser razonables; la materialización de la secuela y la misma existencia del conflicto producen sesgos y condicionamientos: el paciente está peor que antes de la cirugía y además inició un reclamo contra el médico<sup>69</sup>;

qué habría hecho el demandante si se le hubiese permitido una elección que, en realidad, no se le permitió, es algo que ni él mismo puede responder con buena fe<sup>70</sup>.

Únicamente sobre acontecimientos regidos por leyes naturales pueden hacerse reconstrucciones plausibles sobre cómo habrían sido las cosas si las circunstancias hubiesen sido distintas: “si nos tomamos en serio la tesis según la cual el hombre es libre de sus decisiones y no un autómatas predecible, la pregunta sobre cómo se habría comportado o qué habría decidido si se hubiera encontrado ante una situación o una elección que realmente no se ha producido no puede responderse, pero no a causa de especiales razones de prueba, sino por principio”<sup>71</sup>.

De hecho, el Tribunal Supremo de España ha abandonado este parámetro subjetivo por entender que se basa “en absurdas especulaciones”, porque “carece de una respuesta cierta” y porque “ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo”<sup>72</sup>.

## 25.- ¿De un paciente razonable?

Por contraposición, la otra alternativa es preguntarse qué habría decidido un paciente razonable en la misma situación. O sea, un paciente “medio”. O sea, la mayoría de los pacientes.

Pero este esquema tampoco está exento de críticas: “lo que habría hecho una persona razonable tenderá a coincidir con el consejo o la indicación del médico”<sup>73</sup>. Recordemos que la cirugía fue bien practicada (y tampoco se cuestiona la decisión profesional de practicar esa cirugía).

Pareciera entonces que este criterio es incompatible con el derecho a la autonomía que, insistimos, exige respetar las decisiones que salen de la media. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con el consentimiento *real*, aquí la demanda supone formular un juicio sobre un consentimiento *hipotético*. Entre otras cosas, esto implica que lo que diga el demandante debe ser creíble. Lo cual nos conduce a lo que exponemos a continuación.

<sup>69</sup> NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 155.

<sup>70</sup> En “Chester v. Afshar” del 2004, la *House of Lords* confirmó una condena contra un neurólogo que no informó que la cirugía entrañaba el riesgo de quedar en silla de ruedas: la particularidad de ese caso, en lo que aquí interesa, es que la actora se había limitado a manifestar que, de haber sido informada, habría dilatado su decisión para buscar una segunda opinión y pensarlo más detenidamente ([www.publications.parliament.uk](http://www.publications.parliament.uk), consultado el 7.7.23).

<sup>71</sup> PUPPE, Ingeborg, *La justificación de la intervención médica curativa* (trad. de David Felip i Saborit), *Indret*, 404, enero de 2007, p. 7.

<sup>72</sup> NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3, p. 160.

<sup>73</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, Revista de Derecho Privado, 2007, nº 11-12, p. 45.

## **26.- Siempre hay un contexto**

La responsabilidad por riesgos no informados nunca depende de manera exclusiva de lo que diga el paciente. Incluso si se utiliza el criterio subjetivo, existirán necesariamente otros elementos a considerar. Además de los aspectos médicos mencionados en el punto 12, puede ser gravitante la información sobre estas circunstancias:

la personalidad y el carácter del paciente;  
el entusiasmo o las dudas que tenía antes de la operación;  
si el paciente era médico;  
el hecho de que no fuera la primera vez que se hacía una cirugía o ese tipo de cirugía;  
si se trata de una cirugía muy común o que un allegado ya se había realizado;  
si los riesgos típicos están bastante difundidos e incluso son cognoscibles por una simple consulta en internet;  
las características de la relación-médico paciente (cantidad de consultas previas, por ejemplo).

## **27.- Comparar la situación actual con la hipotética**

Se ha señalado que, para que haya condena, el perjuicio actual en la salud del reclamante “debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento”<sup>74</sup>. Por ejemplo, una paciente que perdió un diente accionó contra su odontólogo invocando, entre otros argumentos, falta de consentimiento porque la intervención que supuestamente iba a ser conservadora, terminó con la extracción de un molar inferior. El tribunal rechazó la demanda porque, aun aceptando que no hubo información, si no se intentaba el procedimiento que fracasó el resultado no habría sido otro que la pérdida de esa pieza<sup>75</sup>.

Y aunque no se traduzca en el rechazo de la demanda, esta comparación igual incide en la extensión resarcitoria. Ello es así porque, salvo en las cirugías no curativas, se trata por hipótesis de una persona que tenía un problema de salud: “en el momento de producirse el evento dañoso la víctima presentaba unas determinadas circunstancias, entre ellas las determinadas por el diagnóstico de su dolencia”, por ende, dado que sólo habrá responsabilidad si la cirugía no se habría realizado, deberá computarse “la probabilidad de un empeoramiento de su situación a la vista del pronóstico de la enfermedad que padecía”<sup>76</sup>.

## **28.- No informar los riesgos daña la dignidad**

En algunos de los fallos que hemos citado, los camaristas juzgaron que una comunicación incompleta, que sólo logra un consentimiento simple o básico, es susceptible de causar un daño moral diferenciado:

En el caso del quiste ovárico, el Dr. Bueres consideró que “la falta de información ha causado un perjuicio moral autónomo, pues es razonable presumir que la paciente hubiese acudido a otro profesional para que le conservase el ovario, por ejemplo. Y la opción quedó excluida por ausencia de información”. Los números muestran que

<sup>74</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997, t. I, p. 212.

<sup>75</sup> CNCiv., sala I, 18.7.02, “Quihillalt c/ Mires”.

<sup>76</sup> RIBOT IGUALADA, Jordi, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, Revista de Derecho Privado, 2007, n° 11-12, p. 58.

este perjuicio, para el tribunal, era de entidad: el daño moral por la pérdida de ovario fue fijado en \$ 23.000 y el correspondiente a la falta de información en \$ 7.000<sup>77</sup>.

En el caso de Córdoba por la cirugía por un tumor en la columna, el tribunal adoptó la misma tesis sustancial: “el solo hecho de haber intervenido sin consentimiento informado es un obrar antijurídico con idoneidad suficiente para menoscabar la dignidad, privando a la paciente de ejercer su derecho a la autodeterminación”. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, en esta sentencia se entendió que indemnizar este otro tipo de daño moral infringía la congruencia ya que la paciente sólo había reclamado daño moral por las dolencias físicas<sup>78</sup>.

Este criterio, en definitiva, se traduce en una responsabilidad *in re ipsa*: habría un piso mínimo al que el paciente siempre tendría derecho, incluso cuando no sea posible afirmar que, con información completa sobre el riesgo, la operación habría sido desistida.

### 29.- Otros aspectos perjudiciales

Los reclamos de pacientes que igualmente se habrían sometido a la cirugía pueden ser de otro tipo o con otros ingredientes. Por ejemplo, no parece rebuscado argumentar que la desinformación y el consiguiente desconocimiento del riesgo impidió prepararse mentalmente para enfrentar esa posible adversidad, y que por ende el impacto de la secuela es mucho mayor y que ello ha determinado una afectación espiritual agravada o diferenciada<sup>79</sup>.

También puede suceder que el planteo sea que el médico no avisó al paciente que podía llegar a tener que estar tanto tiempo en reposo. O que todo iba a ser tan doloroso. Con esto queremos decir que no necesariamente deben tratarse de secuelas incapacitantes.

En fin, la base de cualquier razonamiento es el carácter fundamental que tiene la información en materia de salud<sup>80</sup>. El paciente le confía al médico su vida y su integridad. Cobra especial trascendencia el concepto de dignidad del paciente, entendida como “el valor intrínseco y absoluto que posee por el solo hecho de ser persona”<sup>81</sup>.

### 30.- A modo de cierre

“Lo que llamamos azar es nuestra ignorancia de la compleja maquinaria de la causalidad”. Esta frase de Borges, a propósito de la Divina Comedia<sup>82</sup>, permite reflexionar que el azar de los quirófanos –cada vez más arrinconado, pero todavía inevitable– no debería ingresar en los tribunales. Los pacientes y los médicos necesitan parámetros jurídicos predecibles. La dificultad del tema analizado justamente nos acicatea para consensuar los estándares en los que se deben basar los planteos, las defensas y las decisiones.

<sup>77</sup> CNCiv., sala D, 9.3.04, “F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica”, RCyS, 2004, p. 387.

<sup>78</sup> Cám. 3ª Civ. y Com. Cba., sent. 104 del 5.7.16, “Savino c. Turrado - expte. 508092/36”.

<sup>79</sup> La información en sí puede ser terapéutica, para que el paciente esté listo para enfrentar las secuelas.

<sup>80</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales*, en RCyS, 2003, p. 30.

<sup>81</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de derecho a la salud*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, t. I, p. 68

<sup>82</sup> BORGES, Jorge Luis, *Siete noches*, Sudamericana, Buenos Aires, 2018.

### 31.- Bibliografía

BORGES, Jorge Luis, *Siete noches*, Sudamericana, Buenos Aires, 2018.

CALVO COSTA, Carlos Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones hominis en materia probatoria*, RCyS, 2004.

CASTAÑO RESTREPO, Patricia - WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela - GHERSI, Carlos, *Contrato médico y consentimiento informado*, Universidad, Buenos Aires, 2001.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, Revista de Derecho de Daños, 2003-2.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Consentimiento informado y relación de causalidad, en Responsabilidad médica*, Colección de Derecho Privado VI, Universidad Diego Portales, Santiago, 2010.

FERRERES, Alberto R., *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *El consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales*, en RCyS, 2003.

GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *Las omisiones del Estado. Un análisis desde el Derecho de daños*, Foro de Córdoba, n° 47.

HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

KRAUT, Alfredo Jorge, *Los derechos de los pacientes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

KVITKO, Luis A., *El consentimiento informado*, Dosyuna, Buenos Aires, 2009.

LORENZETTI, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, 1997.

LUCHINI-GUASTALLA, Emanuele, *El daño por procreación indeseada*, en AMEAL, Oscar J. (dir.), *Derecho privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

NAVARRO MICHEL, Mónica, *Responsabilidad médica ante la ausencia de consentimiento informado*, Revista de Derecho de Daños, 2011-3.

ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Lerner, Buenos Aires, 1970.

PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017.

PUCHETA, Leandro, *El consentimiento informado en el escenario biojurídico actual*, en ED-MMCCCLXXXI-198.

PUPPE, Ingeborg, *La justificación de la intervención médica curativa* (trad. de David Felip i Saborit), *Indret*, 404, enero de 2007.

RIBOT IGUALADA, Jordi, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, *Revista de Derecho Privado*, 2007, nº 11-12.

TALE, Camilo, *Examen de las actitudes y de los principios de la bioética contemporánea predominante*, en la obra colectiva *Principios de bioética*, Ed. Fundación Alberto J. Roemmers, Buenos Aires, 1998.

TALE, Camilo, *Los deberes positivos generales*, Foro de Córdoba, nº 26.

TALLONE, Federico C., *La importancia del consentimiento informado en la praxis médica*, RCyS, 2004.

TARODO SORIA, Salvador, *La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano*, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, nº. 1, 2006.

TOBÍAS, José W., *El consentimiento del paciente en el acto médico*, ED, 93-93.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo - OSSOLA, Federico, *La obligación de informar en los contratos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de derecho a la salud*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica*, ED, 197-709.

ZAFFARONI, E. Raúl, *Consentimiento y lesión quirúrgica*, en JA, 1973.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, t. I, Alveroni, Córdoba, 2015.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Responsabilidad civil por actos ilícitos de omisión*, JA, 1980-III-796

# Supuestos excluidos del régimen de prejudicialidad penal y la revisión de la sentencia civil previa

por Magalí Lendaro<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Introducción. 2.- Supuestos excluidos del régimen de prejudicialidad penal. 2.a. -La extinción de la acción penal como un supuesto de excepción. 2.b.- Duración razonable del proceso penal: las dificultades que conlleva su determinación. 2.c.-Supuestos de responsabilidad Objetiva. 3.- Revisión de la sentencia civil. 4.- El plazo para la interposición del pedido de revisión: Una limitación definitiva a la posible corrección de la contradicción. 5.- Conclusión. 6.- Bibliografía.

**Resumen:** El presente artículo tiene como finalidad analizar las dificultades interpretativas y prácticas que conlleva la aplicación de las excepciones consagradas por nuestro Código Civil y Comercial al régimen de prejudicialidad penal. Asimismo, se considerarán las limitaciones que presenta el recurso de revisión estatuido por nuestra normativa para superar dichas deficiencias.

**Abstract:** The purpose of this article is to analyze the interpretative and practical difficulties involved in the application of the exceptions enshrined in our Civil and Commercial Code to the criminal pre-judicial regime. Likewise, the limitations presented by the appeal for review established by our regulations to overcome said deficiencies will be considered.

## 1.- Introducción

Cuando un hecho, que reúne los presupuestos necesarios para ser tenido como delito en el ámbito del derecho penal, genera, a su vez, un daño resarcible se originan numerosas cuestiones vinculadas al ejercicio de las acciones tendientes a hacer efectiva la responsabilidad penal y civil del agente. En el primer caso corresponde aplicar la sanción represiva prevista por la ley penal. En el segundo, asegurar el efectivo derecho de la víctima al resarcimiento del daño injustamente sufrido.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Abogada (UNC).  
Especialista en Derecho  
Procesal (UNC).  
Magister en Derecho y  
Argumentación (UNC).  
Profesora de Derecho  
Privado VII -Derecho de  
Daños- (UNC)

**Palabras clave:**

Acción civil - Acción penal -  
Recurso de revisión -  
Duración del proceso -  
Responsabilidad objetiva -  
Seguridad Jurídica

**Key words:**

Civil action - Criminal action  
- Review appeal - Duration  
of the process - Strict  
liability - Legal security

<sup>2</sup> FONTAN BALESTRA CARLOS. *Derecho Penal*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pag. 657.

Surge evidente que ambas acciones presentan diferencias tangenciales, principalmente en lo que hace al interés comprometido que cada una de ellas pretende proteger. La ley penal busca aplicar una sanción represiva con el fin de salvaguardar el interés social comprometido por el hecho delictivo. La ley civil persigue satisfacer el interés de la víctima mediante un resarcimiento que indemnice el daño sufrido.<sup>3</sup>

A partir de ello, podríamos pensar que las responsabilidades civiles y penales derivadas de un mismo hecho podrían ser juzgadas en forma independiente, siendo indiferente para cada órgano jurisdiccional la resolución arribada en otro fuero.

Sin embargo, esta posible indiferencia encuentra un límite infranqueable en la necesidad de garantizar la unidad en el ejercicio de la jurisdicción.<sup>4</sup>

Tanto en el proceso civil, como en el penal, es el Estado quien aplica el derecho al caso concreto, por lo que se afectaría gravemente la seguridad jurídica si los distintos órganos jurisdiccionales de un mismo Estado brindaran soluciones contradictorias a un único hecho que es llevado a su conocimiento.<sup>5</sup>

Las jurisdicciones no pueden vivir en una separación absoluta. Existe, por el contrario, entre ellas relaciones de interdependencia o de reciproca dependencia. Ello se evidencia en la regulación del régimen de prejudicialidad penal contenido en nuestro del Código Civil y Comercial. Conforme dicha normativa, ciertas cuestiones fijadas por el juez del crimen no pueden ser nuevamente debatidas por los jueces civiles.

Específicamente la preeminencia de la sentencia penal recae sobre tres aspectos fundamentales: la existencia del hecho principal, la culpa del condenado y la participación, estableciéndose una diferenciación según nos encontremos frente a una sentencia penal condenatoria o absolutoria. En el primer caso la preponderancia de la sentencia penal recae sobre la existencia del hecho principal y la culpa del condenado, mientras que si es absolutoria versa sobre la existencia del hecho principal y la participación.<sup>6</sup>

Asimismo, y a los fines de garantizar el valor de cosa juzgada de lo decidido en sede penal, nuestro Código Civil y Comercial establece que en los casos en que se dé una coexistencia en la tramitación de ambos procesos el dictado de la sentencia definitiva en el proceso civil se debe suspender hasta la conclusión del proceso penal.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> CREUS CARLOS. *Reparación del daño producido por el delito*; Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 1995, pag. 11. TRIGO REPRESAS FELIX A. – COMPAGNUCCI DE CASO RUBEN H. *Responsabilidad Civil Por Accidentes de Automotores*; Buenos Aires, Hammurabi, 1992 pag. 597.

<sup>4</sup> PORRÚA ROCÍO. *Acciones Civil y Penal. Prejudicialidad. Incidencia de la sentencia penal en materia civil. Recurso de Revisión en Fuentes, Medios y Valoración de la Prueba*; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, pag.839.

<sup>5</sup> CREUS CARLOS. *Influencia Del Proceso Penal Sobre El Proceso Civil*; Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C Ediciones, 1978, pag.28. DAVIS ECHANDÍA HERNANDO. *Teoría General del Proceso*; Buenos Aires, Editorial Universidad, 1985, pag 610.

<sup>6</sup> Ello surge del artículo 1776 del nuevo Código Civil y Comercial en cuanto indica que “La sentencia penal condenatoria produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del hecho principal que constituye delito y de la culpa del condenado” y del artículo 1777 en cuanto expresa “Si la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participo, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil”

<sup>7</sup> Así surge del artículo 1775 del nuevo Código en cuanto dispone “Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, (...)”

## **2.- Supuestos excluidos del régimen de prejudicialidad penal**

En el nuevo Código Civil y Comercial, al igual que en el Código de Vélez, se regulan distintos supuestos que quedan excluidos de la aplicación del régimen de prejudicialidad penal.

Expresamente se excepcionan los siguientes casos:

- a) Si median causas de extinción de la acción penal;*
- b) Si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado;*
- c) Si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad”<sup>8</sup>*

### **2.a. La extinción de la acción penal como un supuesto de excepción**

Evidentemente la reforma ha receptado aquella postura ampliamente afianzada en la doctrina y jurisprudencia que extendía el supuesto de “fallecimiento del acusado” previsto en nuestro Código Civil a todos los supuestos en que mediaba una causa de extinción de la acción penal.<sup>9</sup> A su vez la nueva normativa al no especificar cada uno de los casos en que procede la extinción de la acción penal deja a salvo la posibilidad de que los supuestos cambien de acuerdo a las modificaciones que sufra la propia normativa penal.<sup>10</sup>

Sin embargo, en rigor entendemos que tal previsión no constituye una real “excepción” al régimen de prejudicialidad penal, ya que extinguida la acción criminal solo podrá dictarse sentencia en relación a la pretensión civil.

En este supuesto no podrá existir una sentencia penal previa o una coexistencia en la tramitación de las pretensiones, requisito imprescindible para que adquiera vigencia la primacía de la sentencia criminal.

Por ello creemos que constituye un error regular este supuesto de excepción, ya que no tiene en realidad el carácter de tal. La sentencia penal originariamente no adquiriría preeminencia por ausencia de uno de los requisitos indispensables para que ello ocurra.

### **2.b. Duración razonable del proceso penal: las dificultades que conlleva su determinación**

Este supuesto implica la consagración de una doctrina que ya ha sido reconocida a nivel jurisprudencial por muy importantes precedentes, incluso emanados de nuestra Corte Suprema de Justicia.<sup>11</sup> Es que la aplicación del régimen de

<sup>8</sup> En este sentido, la nueva regulación legal coincide con los proyectos del año 1993 y 1998 en cuanto a la redacción del primer supuesto de excepción, toma la redacción del segundo específicamente del proyecto de 1993 y la del tercero del de 1998. COLOMBO CARLOS J. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*; Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 426, BELLUSCIO AUGUSTO CÉSAR-BERGEL SALVADOR DARÍO. *Reformas al Código Civil*; Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 387-388.

<sup>9</sup> BUERES ALBERTO J – HIGHTON ELENA I. *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Buenos Aires, Hammurabi – Jose Luis Depalma Editor, 1999, pág. 313.

<sup>10</sup> PORRÚA ROCÍO. Ob. Cit., pag.804.

<sup>11</sup> TRIGO REPRESAS FELIX A. – LOPEZ MESA MARCELO J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*; Buenos Aires, La Ley, 2004, Tomo IV, pág. 640. BUERES ALBERTO J – HIGHTON ELENA I. OB. CIT., pág. 307-308. TRIGO REPRESAS FELIX A. – COMPAGNUCCI DE CASO RUBEN H. Ob. Cit., pag. 625-626. BELLUSCIO AGUSTO C. – ZANNONI EDUARDO A. *Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*; Buenos Aires, Astrea, 1984, Tomo IV, pág. 303-304. CIFUENTES SANTOS - SAGARNA FERNANDO ALFREDO. *Código Civil Comentado y Anotado*; Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 853. ROSENBLAT HÉCTOR CLAUDIO. *Presentencialidad*; Buenos Aires, Ad-Hot, 2000, pág. 49-57.

prejudicialidad penal establecido en el antiguo artículo 1101 del Código Civil determinaba en muchos casos el prolongamiento indefinido del pronunciamiento civil, ocasionando una afectación del derecho fundamental que todo litigante tiene a obtener una resolución en un plazo razonable, receptado tanto en el plexo constitucional<sup>12</sup> como convencional.<sup>13</sup>

La garantía de defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión, por lo que la dilación injustificada en la solución de la controversia conlleva su desconocimiento, pues implica que los derechos queden indefinidamente sin su debida y lógica aplicación, con grave e injustificado perjuicio para quienes los invocan.<sup>14</sup>

En este sentido, existe consenso en que es mejor brindar justicia, aunque no sea perfecta, que postergarla de modo excesivo, subordinando la actividad del magistrado de un fuero a la mayor o menor celeridad en la sustanciación del proceso dirigido por otro. A esa morosidad se agrega la esterilidad cuando, como ocurre con frecuencia, la acción penal se extingue por prescripción.<sup>15</sup>

El Código Civil contenía una aplicación particular de este supuesto de excepción al establecer el artículo 1101 la no aplicación del régimen de prejudicialidad penal en caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. Su fundamento lo encontrábamos en la consagración constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio por el que se aseguraba al litigante el derecho de ser oído. Ahora bien, como las leyes procesales para asegurar esa garantía han creído necesario suspender el trámite del juicio después de terminada la instrucción sumarial ante la ausencia del acusado, y como por otro lado no podía quedar indefinidamente en suspenso el pronunciamiento en el juicio civil en razón de existir un obstáculo legal para la terminación del juicio criminal, la normativa prescindía de la preeminencia de lo criminal sobre lo civil permitiendo que el proceso originado en este último fuero concluya.<sup>16</sup>

Sin embargo, no resultaba suficiente la ausencia del imputado en el juicio criminal, sino que era necesario a los fines de darle certeza a la aplicación de este régimen de excepción, la declaración formal de ausencia o rebeldía, dictada de conformidad con la ley procesal respectiva.

Frente a la nueva regulación legal, más amplia en este aspecto, vuelven a surgir las dudas interpretativas al intentar establecer cuándo estamos habilitados para aplicar la excepción en función de las dificultades que conlleva la determinación del carácter excesivo o irrazonable de la duración del proceso penal.

Si analizamos el argumento que brindó nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el primer fallo que dictó flexibilizando el régimen de prejudicialidad penal,

<sup>12</sup> El artículo 18 de la Constitución Nacional impone la existencia de un proceso como condición ineludible para la realización del Derecho Penal, al establecer que “(...) *nadie podrá ser penado sin juicio previo, fundado en la ley anterior al hecho del proceso (...)*” debiendo destacarse que no cualquier juicio previo satisface aquella garantía, siendo necesario para ello que se logre su tramitación en un plazo razonable. Por su parte, la Corte Suprema de la Nación en el caso “Mattei” entendió que el derecho a una rápida y eficaz decisión judicial constituye un elemento del debido proceso y defensa en juicio

<sup>13</sup> Conf. Artículo 18 de la Constitución Nacional, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1.3, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>14</sup> Fallos 315:1940, consid. 4º, apartado segundo.

<sup>15</sup> Conf. Cámara Octava en lo Civil y Comercial de Córdoba en autos “Gallo, Augusto Cirilo c Empresa Ablo-Ordinario”- Actualidad Jurídica N° 4º pág. 229 y siguientes.

<sup>16</sup> CAMMAROTA ANTONIO. *Responsabilidad Extracontractual*; Buenos Aires, Depalma, 1947, pág. 441-442.

podremos visualizar rápidamente esta problemática. En este sentido, en la causa “Ataka Co. Ltda c. González, Ricardo y otros”<sup>17</sup> nuestra Corte dijo:

*“La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se ha rehusado a decidir el juicio, suspendiendo su sentencia “hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal”.*

*Que si bien es cierto que a fs. 541, conociendo del recurso interpuesto contra la resolución de fs. 523 la Corte declaró que esta última no se apartaba del fallo citado a fs. 505/506, también lo es que han transcurrido ya casi cuatro años desde la primera resolución de este tribunal y que el juicio ejecutivo que se tramita por estos autos fue iniciado en octubre de 1967. En cuanto a la causa criminal antes mencionada, del informe agregado a fs. 682 se desprende que, comenzada en junio de 1968, a más de cinco años de tramitación no se advierte la posibilidad de que se le ponga pronto término.*

*Que lo precedentemente reseñado demuestra la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio, que ocasiona agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia, doctrina de fallos: 246-87 (La Ley, 98-289); 272:188 (La Ley, 133-414) y otros.*

*Que en consecuencia, la Cámara debe pronunciarse sobre el mérito de la apelación que le fue sometida, valorando las constancias de este expediente y de la causa criminal núm. 4632 del Juzgado de Instrucción N° 12, que deberá requerir a tal efecto.”*

En este extracto podemos ver que la fundamentación dada por la Corte se estructura como un argumento deductivo, que adopta la forma de un silogismo hipotético, existiendo una relación de implicación entre las distintas proposiciones. Puede ser planteado en los siguientes términos:

*“Si el juicio penal vinculado tramita por más de cinco años, entonces se genera una dilación en el trámite y decisión de la causa civil suspendida.*

*Si existe una dilación en el trámite y decisión de la causa civil suspendida, entonces se produce una efectiva privación de justicia.*

*Si se produce una efectiva privación de justicia, entonces no se debe suspender la causa civil.*

*Por lo tanto, si la causa penal vinculada tramitó por más de cinco años entonces no se debe suspender la causa civil.”*

En un argumento deductivo formulado correctamente, si sus premisas son ciertas, la conclusión también tiene que serlo.<sup>18</sup> Y si bien estas gozan de corrección en el extracto analizado, encontramos en él otro tipo de falencia que se vislumbra al momento de intentar determinar cuándo existe una excesiva dilación en la tramitación de la causa penal:

*“Cinco años de tramitación determinan que existe dilación*

*Si cinco años de tramitación determinan que existe dilación, también determina que existe dilación cinco años -1 día. (La dilación no deja de serlo porque se le quite solo un día a la duración de la tramitación)*

*Si cinco años de tramitación determinan que hay dilación, también determina que existe dilación cinco años -2 días...*

<sup>17</sup>Fallos 287:248, Fecha 20/11/1973

<sup>18</sup> Por su parte desde el punto de vista teórico un silogismo hipotético es válido para cualquier número de premisas en la medida en que cada premisa tenga la forma “si p entonces q”, y la q de una premisa se transforme en la p de la siguiente. El silogismo hipotético ofrece un buen modelo para explicar las conexiones entre causas y efecto. La conclusión vincula una causa con un efecto, mientras que las premisas explican los pasos intermedios.

*Obtenemos que 1 día de tramitación también determina que exista dilación.”*

Claramente nos encontramos aquí con un ejemplo de la llamada “Paradoja de Sorites”<sup>19</sup>. De hecho, este problema ya lo detectaron los estoicos, quienes se planteaban la dificultad de saber cuándo una persona llegaba a ser calva, o cuándo un grupo de granos de arena son un montón.<sup>20</sup> Se trata de un efecto producido por la vaguedad y que trae como consecuencia la incertidumbre.

La razonabilidad del plazo de duración del proceso actualmente constituye un concepto jurídico indeterminado que debe establecerse en cada caso concreto por el juez que entiende en el proceso.<sup>21</sup> Esta situación resulta ser potencialmente generadora de profundas desigualdades de trato ya que la laxitud de los parámetros para su determinación dan lugar a ciertas interpretaciones ambiguas en su alcance y contenido, con la consecuente incertidumbre en el tratamiento concreto de la situación del justiciable.

Frente a esta gran dificultad la doctrina ha intentado brindar distintos parámetros a los fines de facilitar la determinación de la excesiva duración del proceso penal. Los autores hacen referencia a la necesidad de valorar la índole del detrimento producido, la compatibilidad de la finalidad resarcitoria con los tiempos que insume el proceso penal y la degradación cualitativa del derecho a la reparación en función del transcurso del tiempo.

Así, por ejemplo se afirma que la frustración del derecho a ser indemnizado podría estar vinculada con la depreciación de la moneda por el paso de los años, debiendo evaluarse a los fines de su determinación su cotización al tiempo de la interposición de la demanda en comparación a la existente al momento del dictado de la sentencia.<sup>22</sup> Sin embargo aquí debemos tener en cuenta que la indemnización, en cuanto suma de dinero que se paga como equivalente del daño sufrido por el damnificado, tiene naturaleza de obligación de valor, por lo que se encuentra sujeta al régimen normativo previsto para estas.<sup>23</sup> En consecuencia el juez al momento de determinar el monto indemnizatorio deberá evaluar los valores adeudados al momento de dictar sentencia, adecuándolos en términos reales, lo cual lleva a computar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda como consecuencia de la inflación y el transcurso del tiempo. Producida la evaluación de la deuda, la obligación modifica su objeto y se convierte en dineraria, devengando a partir de ese momento intereses computados a tasa de interés bruta.<sup>24</sup> En función de ello, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda no debería implicar una frustración del derecho a ser indemnizado. Solo podemos aceptar esa afirmación si lo que se pretende es utilizar esa comparación como un parámetro abstracto a los fines de determinar la existencia de una excesiva dilación procesal. Sin embargo, no deja de ser un parámetro que adolece de una gran imprecisión.

<sup>19</sup> *Soros* en griego, significa “montón”

<sup>20</sup> JOSEP JOAN MORESO I MATEOS. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006, pág. 23-24.-

<sup>21</sup> MORELLO AUGUSTO M. *El Proceso Justo*; Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005, pág. 422.

<sup>22</sup> PORRÚA ROCÍO. Ob. Cit. pág. 816.

<sup>23</sup> Rige de tal modo lo dispuesto por el artículo 772 del Código Civil y Comercial en cuanto dispone que “Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda.”

<sup>24</sup> PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2017, Tomo I, pág. 648.

También se ha propuesto la consideración de los plazos de prescripción de la acción penal. Como sabemos la prescripción encuentra su fundamento en el hecho de que el transcurso del tiempo conlleva el olvido y el desinterés en el castigo. Sin embargo, lo que aquí intentamos definir no es tal pérdida de interés social, buscamos determinar cuándo podemos considerar que se encuentra afectado el derecho del imputado a verse libre de las restricciones que un proceso le trae aparejado, por lo que su determinación probablemente dependa y sea acorde con la gravedad y la complejidad de la causa.

En este sentido debemos tener en cuenta que a los fines de la aplicación del instituto de la prescripción basta con solo verificar que transcurrió una cantidad cierta de años sin que la acción se haya suspendido o interrumpido, o sin que la pena se haya ejecutado, con independencia de si el plazo de duración del proceso se volvió irracional o no. Aunque un proceso extenso tiene más chance de que su duración no sea razonable, no por ello la acción dejará de estar vigente si, a pesar de haberse cumplido el plazo de prescripción, su curso se vio interrumpido.<sup>25</sup>

El instituto de la prescripción no valora en forma exclusiva ni excluyente la duración razonable del proceso o si hubo o no dilaciones indebidas en el trámite.<sup>26</sup> En función de ello, entendemos que este argumento solo serviría si lo que se utiliza como guía a los fines de la comparación son los plazos de prescripción en forma abstracta, lo que implica solo constatar si transcurrieron o no, más allá de las vicisitudes que el ejercicio de la acción haya tenido en el caso concreto.

Todas las posturas previamente reseñadas pretenden resolver la cuestión, sin embargo, a dichos fines esgrimen una gran cantidad de aspectos, muy diversos entre sí, que también adolecen una gran imprecisión.<sup>27</sup> Y si bien se trata de una cuestión de hecho que debe ser valorada en concreto, la cuestión genera una gran incertidumbre que afecta la adecuada administración de justicia. En verdad, con esta regulación legal si bien se intenta resolver un problema, se genera otro, que se traduce en graves inseguridades para los litigantes.<sup>28</sup>

Pero aún queda otro escollo a vencer en la determinación del carácter irrazonable del plazo, ya que más allá de las pautas objetivas que los sentenciantes intentan fijar a los fines de facilitar su determinación, resulta dificultoso que sea el magistrado civil quien deba recabar y valorar la información sobre el estado de la causa en sede criminal.

En este sentido, nuestros códigos procesales han establecidos los plazos ideales para la tramitación de los procesos, como asimismo han previsto los mecanismos tendientes a garantizar su cumplimiento. Sin embargo, debemos aclarar que estas quejas, tal como se encuentran previstas en nuestros códigos de rito, deben ser promovidas e impulsadas por los propios interesados y ante los órganos del mismo fuero donde se encuentra tramitando la causa demorada.

<sup>25</sup> TRIGO REPRESAS FELIX A. LOPEZ MESA MARCELO J. Ob. Cit., pág. 642-643.

<sup>26</sup> GOUVERT JUAN FERNANDO. *La insubsistencia de la acción ante la irrazonable duración del proceso penal* en revista de derecho procesal penal, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, pag. 499.

<sup>27</sup> PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa Contractual y Extracontractual*, Tomo I, pág.434. TRIGO REPRESAS FELIX A. – LOPEZ MESA MARCELO J. Ob. Cit., pág. 642.

<sup>28</sup> PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa Contractual y Extracontractual*, Buenos Aires, La Ley, 2007, Tomo I, pág. 479-480.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el retardo o la denegación de impartir justicia se encuentra tipificados como delitos en el código penal (artículo 273),<sup>29</sup> lo que lleva a entender que la normativa haría referencia a aquellos casos en que la demora responde a la complejidad de la causa y no a un caprichoso desempeño jurisdiccional.

Más allá de ello, resulta inconveniente que sea el magistrado civil quien deba ponderar el retardo del proceso penal, sus posibles y eventuales caminos procesales, las demoras en función de las vías recursivas interpuestas o a interponerse y conjugar tal información con la tutela que por imperativo constitucional se debe brindar al justiciable en sede civil.<sup>30</sup> Ello por cuanto para tomar la decisión el juez civil debe considerar información que no se encuentra fácilmente a su alcance y valorarla mediante una hipótesis probabilística configurada sobre una base jurídica que no es propia de su fuero.

### **2.c. Supuestos de responsabilidad objetiva**

La recepción de esta hipótesis de excepción, también implicó la consagración de una postura que goza de un gran consenso doctrinario. Ella se funda en la reflexión de algunos autores que entienden absurdo esperar el pronunciamiento de la sentencia penal cuando la responsabilidad civil se funda en factores objetivos de atribución, ya que la resolución criminal, estructurada en elementos de naturaleza subjetiva, no tendría influencia alguna en la decisión civil.<sup>31</sup>

Si bien esa afirmación parece resultar correcta, apenas comenzamos a analizarla con mayor detenimiento encontramos ciertas dificultades. En primer lugar, resulta difícil de compatibilizar con el pensamiento de aquellos autores que consideran que en algunos casos la dimensión de la responsabilidad objetiva deriva de la acción reprochable subjetivamente de otro sujeto por el cual se debe responder. Imaginemos el caso en que, habiéndose dictado sentencia en sede civil, por resultar operativa esta excepción, el magistrado condena al demandado a pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados por un tercero, como puede ser un hijo o el dependiente, y con posterioridad, el juez penal absuelve al autor material del ilícito por considerar que el hecho no existió. Desde esta perspectiva doctrinaria para que el juez civil haya considerado configurada la responsabilidad refleja de alguien por el hecho de otra persona, tuvo que haber tenido por acreditado la existencia del acto ilícito de un tercero, que el magistrado del fuero criminal declaró inexistente. Las sentencias dictadas en ambos fueros resultarían contradictorias.

Algo similar podría suceder si en la jurisdicción civil se admite la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo o vicio de la cosa, y el magistrado penal en una decisión posterior entiende que el hecho no ocurrió, o que la cosa de la cual es dueño o guardián el condenado en sede civil no participó.<sup>32</sup>

Si bien los argumentos que fundan este supuesto de excepción destacan el carácter subjetivo con que se encontraba regulada la responsabilidad civil en el Código de

<sup>29</sup> GONZÁLEZ FREIRE JUAN FRANCISCO. *La prejudicialidad establecida en el nuevo Código unificado. Análisis crítico hacia las excepciones que suspenden el dictado de la sentencia civil y su posterior revisión*. El Derecho 273 Primera Edición Especial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El derecho, 2017, pág. 533.

<sup>30</sup> PORRÚA ROCÍO. Ob. Cit., pág. 817.

<sup>31</sup> TRIGO REPRESAS FELIX A. – LOPEZ MESA MARCELO J. Ob. Cit., pag. 640. ROSENBLAT HÉCTOR CLAUDIO. Ob. Cit., pag. 57-59 y 74. CESANO JOSE DANIEL. *Cuestiones de prejudicialidad penal*; Córdoba, Alveroni Ediciones, 2001, pag. 44-45.

<sup>32</sup> PORRÚA ROCÍO. Ob. Cit., pág. 820.

Vélez, lo cual es cierto, conviene no incurrir en exageraciones.<sup>33</sup> Es que los factores objetivos de atribución solo llevan a que en sede civil no se deba probar o alegar la culpa del sindicado como responsable, sin embargo no excluyen la necesidad de acreditar la existencia del hecho atribuido del que deriva la obligación resarcitoria.<sup>34</sup> Asimismo, debemos tener en cuenta que la definición del factor de atribución necesariamente requiere de un estudio pormenorizado de la causa, por lo que la aplicación de esta excepción deviene impracticable sin incurrir en un adelanto de opinión. El juez civil debería determinar el tipo objetivo o subjetivo del factor de atribución a aplicar recién en el momento de dictar la sentencia final de la causa, por lo que el levantamiento de la restricción impuesta por el instituto de la prejudicialidad penal implicará decidir de manera previa un aspecto esencial del pronunciamiento de fondo.

### 3.- Revisión de la sentencia civil

El Código Civil, a pesar de mantener como regla el principio de independencia<sup>35</sup>, alberga una regulación normativa que tiene como finalidad asegurar la preponderancia de la sentencia penal incluso frente a la existencia de una sentencia civil firme.

En este sentido, el artículo 1780 del Código Civil y Comercial, si bien aclara que la sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, luego exceptúa los casos de revisión. Y más allá de que se prevea su procedencia solo a petición de parte interesada, la regulación excesivamente amplia de los motivos que la habilitan afecta la eficacia del régimen previamente estructurado por el mismo cuerpo legal.

Concretamente la nueva normativa dispone que la revisión procede:

*a) si la sentencia civil asigna alcance de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;*

*b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;*

*c) Otros casos previstos por la ley.<sup>36</sup>*

<sup>33</sup> El sistema diseñado por nuestro codificador era de carácter eminentemente subjetivo, más allá de que se pueda vislumbrar en la letra del texto originario algunos supuestos que preveían una posible responsabilidad sin culpa. Evidentemente *“Vélez Sarsfield no conoció científica y sistemáticamente la responsabilidad objetiva, al menos como se la concibe en la actualidad.”* (BUERES ALBERTO J. *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pág. 49)

<sup>34</sup> PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa Contractual y Extracontractual*, Tomo I, pág. 459.

<sup>35</sup> En este sentido, el artículo 1774 del Código Civil y Comercial indica: *“Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. (...)”*

<sup>36</sup> En este sentido, el Proyecto de 1998 en su artículo 1705 dispone: *“La sentencia civil puede ser revisada a pedido de parte interesada: b) si la sentencia penal es dictada con posterioridad por aplicación de los incisos b) o c) del artículo 1697, y se resuelve en sentido contrario a la sentencia civil cuestiones sobre las cuales debió haber producido efectos de cosa juzgada conforme a los artículos 1698 y 1699, siempre que tales cuestiones hubieran sido determinantes de una sentencia civil distinta”* (COLOMBO CARLOS J. ob. Cit. pág. 42). Es decir, en este proyecto se preveía la revisión de la sentencia civil tanto cuando ella fue dictada con anterioridad en función de existir factores objetivos de responsabilidad, como así también cuando lo fue por existir una dilación excesiva en el procedimiento penal. En cambio, el proyecto del año 1993 solo previó la revisión por esta última causal en su artículo 1608. (BELLUSCIO AUGUSTO CÉSAR-BERGEL SALVADOR DARÍO. Ob. Cit., pág. 388)

Mediante esta normativa se consagra un recurso de revisión anteriormente inexistente en el proceso civil y que tiene por objeto la reevaluación de la decisión adoptada en un litigio de daños aun cuando haya recaído cosa juzgada.

Debemos tener en cuenta que tanto el recurso de revisión como la acción autónoma de nulidad son institutos que tienden a volver a juzgar determinada situación, en virtud de elementos de los que no se dispuso en el juicio inicial, cuyo pronunciamiento ha adquirido el carácter de "verdad legal".<sup>37</sup> No se trata de una revisión de la sentencia dictada a los fines de establecer si han sido valorados correctamente los elementos de prueba reunidos, lo que es propio del recurso de apelación, sino que deben existir nuevos elementos fácticos, o normativos que justifiquen el nuevo juicio.<sup>38</sup>

La primera hipótesis que prevé la norma, no constituye un caso estricto de sentencia penal posterior, por cuanto el tribunal civil para el dictado de su pronunciamiento tuvo en cuenta cuestiones resueltas por la sentencia penal dictada con anterioridad. Para su procedencia es necesario que la sentencia criminal definitiva tenida en consideración por la civil sea revisada con éxito, modificando la existencia del hecho principal que tipifica el delito, la culpa atribuida al condenado o en su caso la participación según nos encontremos frente a una sentencia penal condenatoria o absolutoria. Configurados estos dos presupuestos, esto es, valoración por el juez civil de los aspectos tenidos en cuenta por el magistrado penal, con carácter de cosa juzgada; y revisión de la decisión adoptada en la sede punitiva, se podrá promover la revisión de la sentencia resarcitoria.

No toda sentencia penal revisada importa, sin más, que la sentencia civil que juzgue las consecuencias civiles del mismo hecho sea rescindible. Sólo lo será en la medida en que el nuevo pronunciamiento recaído a raíz de la revisión de la sentencia penal destruya el fundamento lógico de la sentencia civil.<sup>39</sup> No sucedería, por ejemplo, en el caso en que la sentencia penal absuelva al acusado en razón de carecer de discernimiento si en el ámbito civil fue condenado a responder por los daños generados por un acto involuntario en los términos del artículo 1750 del Código Civil y Comercial por razones de equidad.

En cuanto a la segunda hipótesis prevista por la ley, no encontramos argumento jurídicamente sustentable que nos permita aseverar que lo introducido en materia legislativa para el caso puntual haya sido acertado. Es que, si se admite el dictado de la sentencia civil sin esperar la resolución penal, cuando la responsabilidad se funda en factores objetivos de responsabilidad, por entenderse que tal espera no se encuentra justificada, luego no se puede admitir que se prevea una impugnación extraordinaria como vía común para evitar una posible contradicción que se afirmaba de producción inexistente a la hora de regular el supuesto de flexibilidad. No debemos olvidar que lo que distingue a la revisión de los restantes remedios procesales recursivos es su excepcionalidad, pues es la única vía que hace posible

<sup>37</sup> Para el derecho romano era la presunción *iure et de iure* de verdad lo que fundaba la inmutabilidad de lo decidido en la sentencia que adquirió el carácter de cosa juzgada. (CLARÍA OLMEDO JORGE A. *Derecho Procesal*; Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 255)

<sup>38</sup> DIAZ VILLASUSO MARIANO. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus, 2016, pág. 673.

<sup>39</sup> HERNÁNDEZ CARLOS A. *Relaciones entre la acción civil y la acción penal. Consideraciones sobre el derecho vigente y el proyecto de Código Civil de 2012*; en revista de derecho de daños 2014-2: Problemática actual de la responsabilidad civil-II dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti- 1º ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pág. 104.

la impugnación de la cosa juzgada.<sup>40</sup> En función de ello no puede ser previsto como un medio ordinario dirigido a lograr correcciones respecto de situaciones que la propia norma habilita.

También, esta solución normativa trae indeseables efectos desde el punto de vista práctico, en cuanto la administración de justicia terminará incrementando su funcionamiento al dictar sentencias que a futuro sean susceptibles de revisión en virtud de lo dispuesto por el inciso b del artículo 1780 del Código Civil y Comercial.

Por otro lado, puede suceder que quien fuera civilmente responsable del imputado, por ejemplo, por ser una aseguradora ante un accidente de tránsito que respondió anticipadamente, se llevó la sorpresa de que el actor sea una persona insolvente por lo que no podrá recuperar lo oportunamente abonado en concepto de indemnización.<sup>41</sup>

En este sentido consideramos que hubiese sido conveniente mantener el principio de inmutabilidad de la sentencia civil anterior, privilegiando la seguridad jurídica y la intangibilidad de la *res iudicata* cuando ella ha sido expedida regularmente. La necesidad de certeza es imperiosa en todo sistema jurídico, ya que una manera de no existir el derecho sería que no se supiera nunca en qué consiste.<sup>42</sup>

La doctrina ha llamado la atención respecto de la no previsión expresa de la posible revisión de la sentencia en el supuesto previsto por el artículo 1775 inciso b, es decir, cuando el juez civil se ha visto legitimado para dictar resolución sin esperar el pronunciamiento criminal por existir una dilación en el proceso penal. Cierta doctrina entiende que en función de que la *ratio legis* de la norma que habilita al dictado de la sentencia en este supuesto es asimilable a la prevista en el inciso c, correspondería aquí aplicar la misma solución.<sup>43</sup> Sin embargo, debemos tener en cuenta que ello implica una aplicación analógica de la norma y que la analogía no constituye un método de interpretación, sino de creación de derecho.

Nos detendremos a analizar las consecuencias que conlleva este tipo de argumento. La analogía en esencia implica regir por una norma un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma. La estructura del argumento analógico es la siguiente:

- ~ Se parte de que un determinado supuesto de hecho que no se encuentra regulado por ninguna norma explícitamente por lo que el derecho presenta *prima facie* una laguna.
- ~ En segundo lugar, se toma en consideración que el supuesto de hecho no disciplinado guarda semejanza relevante con otro supuesto de hecho regulado por una norma explícita que le atribuye una determinada consecuencia jurídica.
- ~ Se concluye construyendo una norma que le atribuye la misma consecuencia al supuesto de hecho no previsto.

<sup>40</sup> AYAN MANUEL N. *Medios de Impugnación en el proceso penal*; Córdoba, Alveroni, 2007, pág. 222. ZINNY JORGE HORACIO. *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso*; Córdoba, Atenea, 1996, pág. 331. FERNÁNDEZ RAÚL E. *Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el CPCC de Córdoba*; Córdoba, Alveroni, 2006, pág. 511-512.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ FREIRE JUAN FRANCISCO. Ob Cit, pág. 531.

<sup>42</sup> COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958, pág. 405-408.

<sup>43</sup> OSSOLA FEDERICO ALEJANDRO. *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2016, pág. 431

Como se puede ver, se trata de un argumento productor de derecho por cuanto no se usa para fundar una decisión interpretativa, sino para crear una nueva norma que claramente no constituye el significado de ninguna disposición preexistente.<sup>44</sup>

En este sentido, debemos destacar que el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial ha previsto dicha corrección, habilitando la revisión en estos supuestos, pero limitándola a los casos en que el juicio criminal determine la inexistencia del hecho, no haciendo referencia a la autoría o culpa definida en sede penal.<sup>45</sup>

En la tercera excepción prevista por el artículo, se habilita la posibilidad de que se prevean otros supuestos en que sea procedente la revisión de la sentencia civil ante la existencia de una decisión penal posterior. Algunos autores entienden que tales casos deberían ser previstos por una ley especial,<sup>46</sup> mientras que otros consideran que también podrían ser determinados por las leyes locales, dado que se trata de una cuestión eminentemente procesal, por lo que su competencia se encuentra reservada a las provincias.<sup>47</sup>

Más allá de cuál sea la competencia legislativa, la posibilidad de introducir otros supuestos de excepción debe ser mirada con recelo frente al carácter excepcional que debe revestir toda posible revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

#### **4.- El plazo para la interposición del pedido de revisión: Una limitación definitiva a la posible corrección de la contradicción**

A tal punto existe conciencia de las limitaciones existentes respecto de la obtención de la verdad en el proceso que el sistema establece sus propios resguardos para evitar, en la medida de lo posible errores en la persecución de aquélla. Las vías impugnativas son, quizás el mejor ejemplo de la desconfianza en cuanto a las posibilidades de acercarse a la verdad. En efecto, solamente cuando esa desconfianza existe puede entenderse que una decisión jurisdiccional pueda ser objeto de impugnación y, consecuentemente ser revocada, lo que pone de resalto no solamente que probablemente no se había alcanzado la verdad, sino que la verdad era otra.

La circunstancia de que la reconstrucción histórica del conflicto se realice sobre la base de la actividad humana de terceros, como peritos y testigos que aportan su

<sup>44</sup> GUASTINI RICCARDO, traducción de Gascón Marina y Carbonell Miguel. *Estudios sobre la interpretación jurídica*; México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pag. 57-58.

<sup>45</sup> Art. 112. — Sustitúyase el art. 1780 por el siguiente:

*"Art. 1780. Sentencia penal posterior. La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos:*

*a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y esta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación;*

*b) en el caso previsto en el art. 1775, inc. b) si en el juicio criminal se determina la inexistencia del hecho*

*c) en el caso previsto en el art. 1775, inc. c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor;*

*d) otros casos previstos por la ley".*

Fundamento: Se incorpora como supuesto de revisión de la sentencia civil, el caso del art. 1775, inc. b), que aparece omitido en el art. 1780 del Cód. Civ. y Com. (Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 14/01/2019, 14/01/2019, 1 - RCCyC 2019 (febrero), 08/02/2019, 191 - SJA 10/07/2019, 10/07/2019, 113 - Cita Online: AR/DOC/2790/2018)

<sup>46</sup> LORENZETTI RICARDO LUIS. *Código civil y comercial de la Nación comentado*; Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo VIII, pág. 678.

<sup>47</sup> PIZARRO RAMÓN DANIEL. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo III, pág. 662.

percepción de las circunstancias fácticas o técnicas implicadas en el conflicto, lleva a que el resultado del proceso, pese a que todo se ordena para que no suceda, pueda ser errado.

La revisión de la sentencia civil incorporada a nuestro cuerpo legal busca evitar y corregir esos posibles errores, partiendo de la concepción de que lo decidido en sede penal resulta ser lo verdadero y por lo tanto sujetando el proceso civil a su resultado. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la posible revisión presenta una serie de limitaciones. En primer lugar, el interesado contará con un tiempo acotado a los fines su interposición. De esta manera, no debemos perder de vista que este remedio presenta, como requisito común para su procedencia que haya sido promovido por el interesado, es decir, no podrá el juez reabrir de oficio, sin intervención de parte, el estudio de la cuestión ya decidida.<sup>48</sup> En efecto, las mismas razones de seguridad y estabilidad de los derechos que justifican el instituto de la cosa juzgada imponen que aún la acción que tienda a enervarla quede sujeta a plazos legales máximos de preclusión.

El lapso temporal para su interposición dependerá de cuál sea el procedimiento que se estime aplicable para su tramitación.<sup>49</sup> Si se considera que la vía del artículo 1780 del Código Civil y Comercial tramita como una acción autónoma, el único límite temporal estará dado por el plazo de prescripción que establece la normativa de fondo. En este sentido, el artículo 2564 inc. f del Código Civil y Comercial determina que prescribe al año la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada, la que no podrá ser declarada de oficio. El plazo deberá ser computado desde que se hubiese dictado el pronunciamiento penal definitivo que revisa la sentencia penal en que se fundó la sentencia civil, o desde que se dictó la sentencia en sede penal que absuelve a quien fue considerado responsable por inexistencia del hecho en que se funda la condena civil, o por no ser su autor.

Distinta sería la solución para el caso en que se identifique al recurso del artículo 1780 del Código Civil y Comercial con el recurso de revisión previsto en los ordenamientos jurídicos procesales, ya que debería interponerse dentro de los plazos allí estipulados. Por ejemplo, si en el caso fuere aplicable el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba deberá ser interpuesto dentro de los treinta días contados desde que se tuvo conocimiento de los elementos en que se funda la revisión.<sup>50</sup>

Sin embargo, quienes adoptan esta posición se encuentran con un obstáculo adicional. Es que en la mayoría de los ordenamientos procesales locales el recurso no puede interponerse si pasó cierto tiempo desde la fecha de la sentencia definitiva. En este sentido, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba indica que en ningún caso se admitirá el recurso pasado cinco años desde la fecha de la sentencia. Ello se contradice con la ley procesal penal en cuanto admite

<sup>48</sup> LORENZETTI RICARDO LUIS. Ob. Cit., pág. 676.

<sup>49</sup> La revisión ha sido concebida y reglamentada por la ley procesal, por lo que es un instituto típicamente procesal. La acción autónoma de nulidad, de reconocimiento jurisprudencial, en cambio, es de naturaleza sustantiva y se sustenta básicamente en la injusticia de lo resuelto, frente a un proceso tramitado y concluido, en cuyo desarrollo e injusto desenlace se conculca derechos de jerarquía constitucional del vencido. El Superior Tribunal de Córdoba, que históricamente negaba la acción autónoma de nulidad con fundamento en la existencia legislativa del recurso de revisión, ha modificado esta posición en dos fallos: “Ruiz, Daniel y otro” 13/04/1999 y “Barrera c/ Nemeth” 26/11/1996.

<sup>50</sup> Conf. Artículo 397 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

que el recurso de revisión de la sentencia penal pueda ser efectuado en cualquier tiempo, inclusive, habiendo fallecido el condenado.<sup>51</sup>

Cualquiera sea la opción procesal que se elija, es indudable que existe un límite temporal para la obtención de la revisión de la sentencia civil.<sup>52</sup> Si no es interpuesta en el término establecido, esta última mantiene su plena vigencia, por más que resulte contradictoria con lo decidido en sede penal.

Ello por cuanto el orden y la paz social requieren que los derechos sean ejercidos dentro de un lapso razonable fijado por la ley. Con ello se quiere evitar que determinadas situaciones de hecho puedan ser revisadas eternamente a los fines de dar certeza a los derechos.<sup>53</sup> La intangibilidad de la cosa juzgada y la rapidez en la actuación de la administración de justicia, son principios indispensables para la estabilidad jurídica de los derechos, ocupando un lugar influyente en la tranquilidad social. La fácil e irrestricta alteración de la cosa juzgada constituye una amenaza de inseguridad que suspende el fin buscado en el proceso, cual es la certeza en la declaración del derecho.

En función de ello, el remedio legal estatuido para superar las posibles inconsistencias que el régimen de prejudicialidad penal autoriza no tiene un carácter absoluto, por cuanto debe balancearse con los principios mencionados, armonizándolos en lo posible.

## 5.- Conclusión

La regulación contenida en nuestro Código Civil y Comercial, si bien se hizo cargo de las críticas que merecía el instituto de la prejudicialidad penal en nuestro anterior régimen jurídico, se limitó a consagrar soluciones que, si bien ya encontraban consenso en la doctrina y jurisprudencia para casos particulares, presentan numerosas dificultades en su aplicación.

Hubiese sido conveniente la determinación de pautas objetivas que faciliten la definición de la existencia de una dilación en el proceso penal para poder aplicar la excepción al régimen de prejudicialidad penal.

Asimismo, el supuesto de excepción previsto para aquellos casos en que la acción civil se funda en factores objetivos de responsabilidad parecería encontrar como límite infranqueable el punto de contacto entre la resolución a adoptarse en ambas sedes respecto de la existencia del hecho del que derivan las respectivas reacciones civiles y penales.

Por su parte, la regulación de un recurso de revisión para los supuestos en los que la aplicación del régimen de excepción conlleve el dictado de sentencias

<sup>51</sup> El artículo 489 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba establece que el recurso de revisión procederá en todo tiempo y en favor del condenado, contra la sentencia firme. Por su parte el artículo 491 establece que la acción podrá ser deducida por el cónyuge, ascendiente, descendiente o hermanos del condenado si este hubiera fallecido o estuviera ausente con presunción de fallecimiento.

<sup>52</sup> El proyecto de reforma del Código Civil del año 1998 regulaba la prescripción de la revisión de la sentencia civil en su artículo 1707. Allí se disponía que *“La prescripción extintiva de la acción por revisión de la sentencia civil es dispensable conforme al artículo 2490, contando el plazo semestral desde la revisión de la sentencia penal, en el caso del inciso a) del artículo 1705; y desde la sentencia penal, en el caso del inciso b) del mismo artículo.”* COLOMBO CARLOS J. Ob. Cit., pág. 427.

<sup>53</sup> *“El instituto de la cosa juzgada impone, en función de esa exigencia práctica y en nombre de la seguridad, la inmutabilidad de los fallos judiciales firmes, aun de aquellos que sean erróneos, salvo situaciones de excepción. El sistema así estructurado asume el riesgo de la injusticia, y en consecuencia, acuerda firmeza no sólo a las sentencias sabias, sino también a las equivocadas (conf. Fallos 314:1353; 308:117—La Ley, 1987-B, 585-)”* Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en autos *“Ruiz, Daniel y otro”* Fecha 13/04/1999.

contradictorias no parece fundado. Si se entiende que no resulta adecuado esperar el dictado de la sentencia penal en determinados supuestos, luego no se puede pretender volver sobre las consecuencias que derivan de la aplicación de este régimen de excepción habilitando su corrección a través de un recurso extraordinario.

## **6.- Bibliografía**

AYAN Manuel N. *Medios de Impugnación en el proceso penal*; Córdoba, Alveroni, 2007.

BELLUSCIO Augusto C. – ZANNONI Eduardo A. *Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*; Buenos Aires, Astrea, 1984, Tomo IV.

BELLUSCIO Augusto César-BERGEL Salvador Darío. *Reformas al Código Civil*; Buenos Aires, Astrea, 1993.

BUERES Alberto J – HIGHTON Elena I. *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Buenos Aires, Hammurabi – Jose Luis Depalma Editor, 1999.

BUERES Alberto J. *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.

CAMMAROTA Antonio. *Responsabilidad Extracontractual*; Buenos Aires, Depalma, 1947.

CESANO Jose Daniel. *Cuestiones de prejudicialidad penal*; Córdoba, Alveroni Ediciones, 2001.

CIFUENTES Santos – SAGARNA Fernando Alfredo. *Código Civil Comentado y Anotado*; Buenos Aires, La Ley, 2011.

CLARIÁ OLMEDO Jorge A. *Derecho Procesal*; Buenos Aires, Depalma, 1991.

COLOMBO Carlos J. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*; Buenos Aires, La Ley, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958.

CREUS Carlos. *Influencia Del Proceso Penal Sobre El Proceso Civil*; Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C Ediciones, 1978.

CREUS Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

DAVIS ECHANDÍA Hernando. *Teoría General del Proceso*; Buenos Aires, Editorial Universidad, 1985.

DIAZ VILLASUSO Mariano. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Advocatus, 2016.

FERNÁNDEZ Raúl E. *Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el CPCC de Córdoba*, Córdoba, Alveroni, 2006.

FONTAN BALESTRA Carlos. *Derecho Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

GONZÁLEZ FREIRE Juan Francisco. *La prejudicialidad establecida en el nuevo Código unificado. Análisis crítico hacia las excepciones que suspenden el dictado de la sentencia civil y su posterior revisión*. El Derecho 273 Primera Edición Especial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, El derecho, 2017.

GOUVERT Juan Fernando. *La insubsistencia de la acción ante la irrazonable duración del proceso penal* en revista de derecho procesal penal, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.

GUASTINI Riccardo, traducción de Gascón Marina y Carbonell Miguel. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

HERNÁNDEZ Carlos A. *Relaciones entre la acción civil y la acción penal. Consideraciones sobre el derecho vigente y el proyecto de Código Civil de 2012*, en revista de derecho de daños 2014-2: Problemática actual de la responsabilidad civil- II dirigido por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti- 1º ed. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

JOSEP Joan Moreso i Mateos. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2006.

LORENZETTI Ricardo Luis. *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo VIII.

MORELLO Augusto M. *El Proceso Justo*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005.

OSSOLA Federico Alejandro. *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2016.

PIZARRO Ramón Daniel. *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa Contractual y Extracontractual*, Buenos Aires, La Ley, 2007, Tomo I.

PIZARRO Ramón Daniel. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2017, Tomo I.

PORRÚA Rocío. *Acciones Civil y Penal. Prejudicialidad. Incidencia de la sentencia penal en materia civil. Recurso de Revisión en Fuentes, Medios y Valoración de la Prueba*; Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018.

ROSENBLAT Héctor Claudio. *Presentencialidad*, Buenos Aires, Ad-Hot, 2000.

TRIGO REPRESAS Felix A. – Compagnucci de Caso Ruben H. *Responsabilidad Civil Por Accidentes de Automotores*; Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

TRIGO REPRESAS Felix A. LOPEZ MESA Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, Tomo IV.

ZINNY Jorge Horacio. *Derecho Procesal Civil. Teoría del Proceso*; Córdoba, Atenea, 1996.

# Responsabilidad del Estado por omisión

por Francisco Andrés Berzal<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Introducción. Planteo de la cuestión. 2.- Concepto. Requisitos. 3.- Marco Normativo. 4.- Presupuestos de la Responsabilidad. 4.1.- Daño. 4.2.- Antijuridicidad. 4.2.1. Omisión estatal vinculada con la actividad reglada y discrecional 4.3.- Relación de causalidad. 4.4.- Factor de atribución. 5.- Omisión estatal vinculada con la actividad administrativa, legislativa y judicial. 6.- Reflexiones finales. 7.- Bibliografía.

**Resumen:** Las funciones del Estado y los derechos de la ciudadanía son cada vez más amplios. Ello lleva a que se demande al Estado no sólo por sus acciones que provocan daños sino también por aquellas omisiones que provocan un menoscabo en el patrimonio de una persona. La tendencia actual pone de manifiesto que los problemas de la sociedad son cada vez más complejos y se espera del Estado respuestas a esas necesidades, por lo que este tema cobra mayor importancia y actualidad. Este trabajo busca indagar cuándo y en qué medida el Estado debe responder por los daños provocados por sus conductas omisivas.

**Abstract:** The functions of the State and the rights of the citizens are increasingly broad. This leads to the State being sued not only for its actions that cause damage but also for those omissions that cause an impairment to a person's assets. The current trend shows that society's problems are increasingly complex and responses to these needs are expected from the State, which is why this issue becomes more important and topical. This work seeks to investigate when and to what extent the State must respond for the damages caused by its omissions.

## 1.- Introducción. Planteo de la cuestión

A lo largo de la historia, hemos visto cómo los alcances y las características de la responsabilidad extracontractual del Estado han ido variando y evolucionando, pasando de un sistema de total irresponsabilidad a uno en donde el Estado debe responder por los daños que ocasiona. No quedaban

<sup>1</sup>Abogado (UNC).  
Maestrando en Derecho  
Administrativo (UNC).  
Adscripto de Derecho  
Privado VII (Derecho de  
Daños) y Derecho Público  
Provincial y Municipal (UNC)

### Palabras Clave

Daños - Derecho de Daños  
- Responsabilidad del  
Estado - Omisión -  
Responsabilidad del Estado  
por omisión -  
Responsabilidad Civil

### Key Words

Damages - Tort Law -  
Liability of the State -  
Omission - Liability of the  
State for omission - Civil  
Liability

dudas de que el Estado debía responder por sus conductas activas dañosas. Sin embargo, en los últimos tiempos ha incrementado el protagonismo de aquellos perjuicios provocados por el Estado, ya no por sus conductas activas sino por sus omisiones.

Esto responde, según nuestra opinión, a dos factores que se complementan entre sí: el aumento progresivo de las funciones a cargo del Estado y la responsabilidad asumida en pos de la protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía. La ampliación de derechos sociales, tanto a nivel constitucional como convencional, y la incorporación de diversos instrumentos jurídicos de derechos humanos a nuestro plexo normativo han provocado que la ciudadanía pueda demandar a la administración pública por los daños causados por su inactividad.

Señala Cassagne (citado en Pizarro-Vallespinos) que buena parte de los daños que experimenta el hombre de nuestro tiempo suelen ser atribuidos “a omisiones de los gobernantes encargados de velar para que todos los ciudadanos puedan disfrutar las mejores condiciones de vida, protegiendo su seguridad, salud, propiedad y libertad de locomoción, entre otros derechos y valores individuales y colectivos”.

No quedan dudas de que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños que provoca a partir de sus conductas activas. Ahora bien, cuando se plantea la responsabilidad estatal por omisión ingresamos en un terreno mucho más amplio que requiere una cuidadosa modulación. En este sentido, es necesario evitar que, por un lado, el Estado se convierta en una suerte de asegurador de los riesgos que todo ciudadano corre por el hecho de vivir en comunidad y, por otro, permitirle que se desentienda, por vía omisiva, del cumplimiento de los deberes que pesan sobre él (Pizarro-Vallespinos, 2020). Cabe preguntarse entonces ¿hasta dónde debe responder el Estado?, ¿cuándo debe hacerlo?, ¿el Estado debe responder ante cualquier omisión?, ¿debe existir una obligación expresa o alcanza con una obligación genérica y difusa?

La responsabilidad civil por omisión constituye un capítulo complejo dentro de la temática general, debido a las particularidades que presenta y al escaso desarrollo de la doctrina iusprivatista sobre la temática, comúnmente más concentrada en el estudio de las conductas activas de las personas como fuente del daño (Ramos Martínez, 2019).

A estas dificultades debemos agregarle la inexistencia de criterios uniformes que permitan determinar la procedencia de la responsabilidad estatal derivada de su inactividad. Así, fue la labor pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que asumió desde el principio una tarea central en el abordaje de esta problemática.

Al respecto, señala Ramos Martínez (2019) que “esta orfandad inicial debe atribuirse a la falta de regulación normativa específica y al nacimiento y posterior desarrollo pretoriano de los lineamientos de la responsabilidad del Estado en la República Argentina, de lo que ha resultado la creación de criterios y pautas poco claros ligados a la casuística”. La sanción de la ley 26.944 -como veremos más adelante-, más allá de receptar la cuestión de la responsabilidad del Estado por omisión, lejos está de haber traído claridad o, al menos, de cerrar el debate en torno a ella.

Se trata, sin dudas, de una temática que se encuentra atravesada por una serie de aristas que la vuelven compleja por involucrar en su análisis un juicio valorativo acerca del rol del Estado y su relación con la ciudadanía.

Sin ignorar estas dificultades, en el presente trabajo intentaremos abordar algunos de estos interrogantes y las principales características de esta especie de Responsabilidad del Estado, en consideración a su creciente importancia y protagonismo en el ámbito jurídico y social.

## **2.- Concepto. Requisitos**

Como hemos señalado, el tema de la responsabilidad del Estado por omisión es una cuestión por demás compleja y que, hasta el momento, no encuentra una delimitación clara y precisa de sus contornos ni un tratamiento uniforme en la jurisprudencia.

A modo de aproximarnos a su conceptualización, citaremos a Comadira (2017), quien señala que la responsabilidad por omisión en el ámbito del derecho administrativo se configura “cuando un poder público, en ejercicio de alguna de las funciones estatales, omite la realización en forma total o adecuada de la conducta a la que se encontraba obligado y ésta era determinante para impedir el daño producido, siendo fácticamente posible su realización en las condiciones debidas”.

En igual sentido, Canda (2016) afirma que “existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omite antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido”.

En resumen, los requisitos que configuran la responsabilidad estatal por omisión son: a) el daño; b) la relación de causalidad; c) la antijuridicidad de la omisión; d) un poder público en ejercicio de alguna de las funciones del Estado; e) omisión en forma total o adecuada de la conducta debida; f) posibilidad fáctica de haber cumplido con la conducta debida.

Por su parte, Cuadros (2018) expresa que “la omisión dañosa que autoriza a imputar daños al Estado puede provenir del incumplimiento formal o material de deberes normativos contenidos en principios o reglas constitucionales, legales o reglamentarias, por parte de funcionarios de cualquiera de los poderes constituidos, pudiendo consistir la condena, en caso de verificarse los extremos de la responsabilidad, en el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero - indemnización-, o en una obligación de hacer que puede resultar comprensiva de la ejecución de una tarea material o de un cumplimiento formal, tal como el dictado una norma legal o reglamentaria”.

A su vez, dentro de la noción de omisión, debemos distinguir entre la omisión simple y la comisión por omisión. Según explica Goldenberg (citado en Cuadros), “en la omisión propia o simple media el incumplimiento de un deber normativo -por ejemplo, no concurrir a prestar declaración-, en tanto que en la omisión impropia o comisión por omisión, la omisión importa un efectivo acto de comisión -por ejemplo, el caso del médico que con el fin de causar la muerte a su paciente no conecta su pulmón-”.

En función de lo expuesto, podemos observar que en los supuestos de omisión impropia y omisión simple, si bien se vinculan por la violación de un mandato, la fuente del deber de actuación es diferente. En el supuesto de la omisión impropia se requiere un doble mandato normativo; por un lado, la norma prohibitiva -por ejemplo, prohibido matar o causar lesiones- que señala el bien jurídicamente tutelado y, por otra parte, una obligación de actuar positivamente que impone un mandato que coloca al sujeto en posición de garante. En cambio, en los supuestos de omisión

simple, se toma como referencia una sola norma prescriptiva u ordenadora (Ramos Martínez, 2019).

Finalmente, siguiendo a Balbín (2020), corresponde comentar que la omisión estatal más común es el incumplimiento de las normas, distinguiéndose entre deberes estatales específicos e inespecíficos (omisiones de hacer), cuestión que será abordada en profundidad más adelante. A su vez, el Estado puede omitir el dictado de ciertas regulaciones (omisiones regulatorias) y, en su caso, omitir controlar el cumplimiento de regulaciones existentes (omisión en el control), es decir, el incumplimiento de normas por parte de terceros y no por el propio Estado, que en este caso debía controlar.

De igual manera, Cuadros (2018) también alude a los ámbitos en los cuales se genera responsabilidad estatal por omisión. Así, plantea que son: a) la policía de seguridad; b) omisiones en la señalización, custodia o mantenimiento de cosas de propiedad estatal; y, c) el control de actividades reguladas (por ejemplo: bancos, compañías de seguros, concesionarias de obras y servicios, etc.).

### **3.- Marco Normativo**

Hasta la sanción de la ley 26.944, que reguló la responsabilidad del Estado a nivel nacional, no encontrábamos una normativa específica en el derecho administrativo que regulara la responsabilidad del Estado por omisión. Por ello, se debía acudir de manera supletoria al Código Civil por analogía, según algunos, o por aplicación directa e integrativa, según la opinión de otros. En el caso del código anterior, se debía acudir a los artículos 1074 y 1112, en tanto que se acude a los artículos 1710, 1717 y 1749 en el nuevo Código Civil y Comercial.

Lo cierto es que, más allá de la sanción de la ley 26.944, subsiste la necesidad de acudir por vía de analogía al Código Civil y Comercial. Esto es así ya que esta normativa se aplica exclusivamente a la responsabilidad del Estado nacional y a aquellas provincias que adhieran a la misma<sup>2</sup>.

En esta orientación, también debemos acudir al Código Civil y Comercial si nos referimos a la función preventiva del derecho de daños, cuestión no abordada por la ley 26.944. Al respecto, el artículo 1711 prescribe que “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (...)”. Estamos frente a una de las grandes omisiones -valga la redundancia- de la ley 26.944, quedando clara la necesidad de remitirnos al Código Civil y Comercial también en este aspecto.

Finalmente, la responsabilidad del Estado nacional por falta de servicio consistente en una omisión irregular ha sido regulada en el artículo 3, inciso d, de la ley 26.944. Se configura sólo “cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”, por lo que *a priori* podemos calificarla como excesivamente restrictiva. Como abordaremos más adelante, la solución adoptada entra en pugna con criterios más flexibles que ha formulado la Corte Suprema a partir del fallo “Mosca”<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Art. 11, Ley 26.944.

<sup>3</sup> Fallo CSJN “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (2007)

#### **4.- Presupuestos de la Responsabilidad**

Para que se configure la procedencia de esta especie de reparación, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

##### **4.1. Daño**

Es evidente que para que la reparación tenga lugar, la omisión estatal debe haber ocasionado un daño. A modo de aproximación, podemos afirmar que el daño, en el marco del estudio de la responsabilidad civil, alude a un perjuicio, menoscabo o detrimento, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

En cuanto a los requisitos del daño, la doctrina mayoritaria afirma que existe cierto consenso en relación a que la certeza y el carácter personal constituyen elementos del daño. Ahora bien, las posiciones se dividen más a la hora de discutir si debe verificarse la afectación de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple (Ramos Martínez, 2019).

Ante la ausencia de definición de este presupuesto en la ley 26.944, debemos remitirnos a la conceptualización desarrollada por el Código Civil y Comercial, que establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”<sup>4</sup>.

Por su parte, la ley 26.944 exige en su art. 3, inc. a) la concurrencia en el caso concreto de un “daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero”. En resumen, vemos que la ley omite definir al daño como requisito de la responsabilidad del Estado, pero menciona la necesidad de certeza y que sea “mensurable en dinero”.

En conclusión, entendemos que el abordaje por parte de la ley es bastante pobre dado que no menciona expresamente al daño material y moral ni se aclara si el concepto de daño debe ser tomado en sentido amplio o sólo acotado al daño resarcible. Naturalmente estos inconvenientes de la ley 26.944 no sólo afectan los supuestos por omisión sino también a todo el sistema de responsabilidad estatal.

##### **4.2. Antijuridicidad**

Éste es uno de los requisitos o presupuestos más importantes, o que mayor discusión han generado y generan tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La definición del alcance de la antijuridicidad es un aspecto clave cuando analizamos el subtipo de la responsabilidad del Estado por omisión.

En general, la doctrina se ha inclinado por sostener que la omisión estatal debe ser contraria al ordenamiento jurídico, salvo algunas posiciones, como la de Comadira (2012), que admiten o se posicionan a favor de la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión lícita. Sentado ello, el debate ha girado en torno a determinar cómo se configura la antijuridicidad de la omisión. ¿Debe existir una norma que obligue al Estado a actuar?, ¿el mandato normativo debe ser específico o alcanza con deberes normativos genéricos?, ¿cómo debe ser esa norma?

Antes de adentrarnos a indagar sobre estos interrogantes, es conveniente mencionar que cuando hablamos del presupuesto o requisito de lo antijurídico, presupone una conducta contraria al orden jurídico. Hoy, en el derecho de daños en el ámbito civil se ha superado la distinción entre antijuridicidad formal y material a

---

<sup>4</sup> Art. 1737.

partir de lo establecido en el artículo 1717 del Código Civil y Comercial, equiparando a las acciones y las omisiones. Por el contrario, cuando nos adentramos a la responsabilidad del Estado, observamos que esta cuestión no está tan clara. En consecuencia, vemos que este debate entre lo formal y lo material ha sido saldado en el ámbito civil pero no así en este ámbito de la responsabilidad estatal. Estas cuestiones e interrogantes que nos fuimos planteando, han generado diversas posturas:

Por un lado, se posicionan quienes entienden que el Estado debe responder únicamente cuando exista una disposición expresa que le obligue al Estado a actuar y éste omita hacerlo. Esta es la postura que sigue la ley 26.944 al prescribir que “la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”<sup>5</sup>. En otras palabras, no sólo impone el requisito para las omisiones de una antijuridicidad formal sino que la asimila a la tipicidad penal, es decir, solo es posible reprochar ausencias de acción por parte del Estado cuando éste haya incumplido un mandato contenido expresa y detalladamente en una norma. En este sentido, los mandatos genéricos no tendrían relevancia a la luz de esta normativa.

Desde el otro punto de vista, se plantea que para que se configure la responsabilidad estatal no resulta necesario que exista una obligación o deber formal impuesto por la ley. De acuerdo a esta postura, el deber de actuación del Estado puede tener base en el ordenamiento jurídico integralmente considerado, incluyéndose la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los reglamentos y aún los principios generales del Derecho.

Embarcados en esta posición, autores como Pizarro-Vallespinos (2020) plantean que se “ha reducido arbitrariamente la antijuridicidad a la ilegalidad (omisión contraria a un mandato normativo expreso)” y califican la solución establecida por la ley 26.944 como “regresiva” y “claramente inconstitucional”.

Desde nuestra opinión, en primer lugar, creemos que no es posible establecer un sistema de tipicidad porque la dinámica de los daños que se producen, es decir el patrón de conductas u omisiones que causan daños, no admite una categoría previa de posibles vulneraciones. Las conductas u omisiones dañosas, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, no son pasibles de condensarse en mandatos o prohibiciones expresas. La mutación en la capacidad de dañar exige un dinamismo permanente que no sería compatible con la imposición de deberes expresos, detallados y determinados previamente.

Esta antijuridicidad que pretende ser formal para las omisiones se revela, a nuestro criterio, como inconstitucional a la luz del principio *alterum non laedere*. La exigencia de tipicidad o de un sistema de antijuridicidad formal choca contra los principios establecidos en nuestra Constitución Nacional, donde lo antijurídico -en esta materia- se configura con la producción del daño y la inexistencia de una causal de justificación.

Desde esta perspectiva, la configuración de la omisión está relacionada con mandatos de naturaleza jurídica y no estrictamente normativos. De allí que la conducta o abstención estatal pueda cuestionarse a partir de deberes de actuación cuyo origen excede el plano puramente legal o formal, para hallar su génesis en el ordenamiento integralmente considerado (Ramos Martínez, 2019).

<sup>5</sup> Art. 3, inc. d in fine, Ley 26.944.

En este orden de ideas, resulta necesario considerar los derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y supraconstitucional que aseguren una tutela efectiva y su operatividad. Al respecto, afirma Massimino (2013), acertadamente, que “la incorporación de los tratados de derechos humanos importa, en realidad, una nueva regla de reconocimiento del derecho en nuestro ordenamiento, la que se traduce en reconocer la dignidad de la persona como principio del derecho público”. Al mismo tiempo, sería impensado contemplar decisorios de nuestro máximo Tribunal como el dictado en autos “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”<sup>6</sup>. Allí, la Corte Suprema expresó que “la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad” (considerando 10). En conclusión, la aplicación de un sistema típico de antijuridicidad no resulta lógico ni prudente.

Ahora bien, creemos que debe establecerse un sistema equilibrado y sensato fundado en la razonabilidad. Así, por ejemplo, tal como plantea Sesin (2009) “en materia de seguridad, el Estado no puede garantizar la presencia de un policía en cada cuadra para prevenir el delito, pero sí, dentro de razonables lapsos, puede acudir al llamado de urgencia para generar seguridad particular”.

En esta orientación, estimamos correcto rescatar la función interpretativa del juzgador ya que deberemos ponderar en el caso concreto, con los lentes del principio de razonabilidad, la ilegitimidad de las abstenciones estatales que resulten de la vulneración del plexo normativo y constitucional, en función de las circunstancias del caso.

#### **4.2.1. Omisión estatal vinculada con la actividad reglada y discrecional**

Íntimamente relacionado con la temática abordada, se encuentra el interrogante sobre la incidencia de las facultades regladas y discrecionales de la Administración pública en la configuración de la conducta omisiva.

Al complejo panorama examinado en torno a la definición de los alcances del deber normativo o jurídico, específico o genérico, como presupuesto necesario de la conducta omisiva del Estado, se le suma la necesidad de armonizar lo ya analizado con los supuestos en los que la Administración goza de una cierta autonomía para tomar decisiones, ajena al control judicial.

En principio, la omisión de cumplir un deber normativo reglado es susceptible de generar responsabilidad. Esto no sucede, *prima facie*, a la hora de ejercer por parte de la Administración aquellas facultades discrecionales, pues éstas implican la posibilidad de actuar en uno u otro sentido (Sesin, 2009). Cabe preguntarnos, entonces, ¿es posible endilgar responsabilidad al Estado cuando el daño proviene del incumplimiento de un mandato que podía o no ser cumplido?

La respuesta a este interrogante dependerá de la visión que se tenga sobre el concepto de discrecionalidad. Si se entiende que existe una libertad absoluta por parte del Estado para decidir entre dos o más alternativas, ajenas a parámetros objetivos, no hay dudas de que el control judicial será nulo. En cambio, si se visualiza a la discrecionalidad como un ámbito de cierta autonomía que no admite cualquier decisión arbitraria o caprichosa, sino que, por el contrario, debe respetar el orden jurídico, será viable el control judicial.

<sup>6</sup> Fallo CSJN “Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo” (2012).

Lo que sí es controlable, tal como señala Sesin (2009), es “el ejercicio abusivo o antijurídico de lo discrecional, en cuyo supuesto es posible sustentar la responsabilidad estatal”. En consecuencia, observamos que no hay una libertad absoluta en tanto puede el Estado ser objeto de control y posible responsabilidad estatal, a partir de un ejercicio abusivo de la facultad discrecional.

### **4.3. Relación de causalidad**

Asimismo, para que proceda la responsabilidad estatal debe existir una vinculación causal entre el daño causado y la inactividad u omisión del Estado. Al respecto, la ley 26.944 establece que debe haber una “relación de causalidad adecuada entre la (actividad) o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”<sup>7</sup>.

Como puede apreciarse, se mantiene el requisito de la causalidad para la procedencia del deber de resarcir, inclinándose por la teoría de la causalidad adecuada para establecer un criterio de identificación del nexo causal. Del artículo bajo análisis se desprende que el legislador ha asimilado los efectos de la causalidad para los supuestos de acción y omisión, lo que disipa ciertos interrogantes en torno a este tema para los supuestos de responsabilidad del Estado por omisión.

Sin embargo, es menester señalar que la Corte Suprema no ha seguido un criterio uniforme en relación a este tema. En algunos casos ha requerido la existencia de un vínculo directo entre la abstención estatal y el daño, pero en otros precedentes ha seguido la teoría de la causalidad adecuada.

En el fallo “Mosca”<sup>8</sup>, uno de los precedentes más ricos en la construcción jurisprudencial de la Corte en los últimos años, se hizo referencia a este tema al referirse a la responsabilidad del Club Atlético Lanús. Allí, el máximo Tribunal expresó que “nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 a 906 del Código Civil) y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable, si se ha demostrado claramente esa probabilidad. Tal “curso normal y ordinario” está suficientemente demostrado. En efecto, el origen de los daños fue una lluvia de objetos que provino desde el Club Atlético Lanús”.

De igual manera, tal como venimos analizando en el presente trabajo, debemos tener en cuenta que la causalidad, en los supuestos de omisión, está íntimamente vinculada con la concepción de conducta que se considere. Así, si partimos de un concepto de omisión que comprenda deberes morales o de solidaridad como elementos válidos para la generación de conductas esperadas y, por lo tanto, pasibles de reproche, no puede luego aludirse a un sistema de causalidad jurídico. De igual forma, quien plantea el carácter normativo en sentido estricto de la omisión no puede luego pretender justificar el vínculo con el resultado lesivo a partir de la realidad material, sino que debe acudir a la norma que determina la imputación de autoría (Ramos Martínez, 2019).

Recapitulando, coincidimos con Sesin (2009) cuando señala que “el Estado debe ser el autor del acto lesivo, salvo que esté obligado a impedir el daño”. Así lo ha sostenido la Corte Suprema, por ejemplo, en la causa “Ruíz”<sup>9</sup> sobre responsabilidad vial por animales sueltos en la ruta, al afirmar que “el ejercicio del poder de policía de

<sup>7</sup> Art. 3, inc. c, Ley 26.944.

<sup>8</sup> Fallo CSJN “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (2007)

<sup>9</sup> Fallo CSJN “Ruiz, Mirtha Edith y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (1989).

seguridad que corresponde al estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”.

Ahora bien, distinto sería si existiese una norma expresa que, aún sin la intervención directa del Estado, dispusiera la responsabilidad estatal. Se podría configurar este supuesto si, a la hora de otorgar la concesión el Estado, hubiese incluido en los pliegos la obligación de garantizar que la ruta esté libre de animales u obstáculos.

En otros supuestos, el nexo causal se ha visto interrumpido cuando la responsabilidad recae en un tercero por quien el Estado no debe responder. Este sería el caso, que también ha sido receptado jurisprudencialmente, que se manifieste que los animales sueltos en la ruta no son propiedad del Estado, razón por la cual no se configura la obligación de responder. En igual sentido, también se interrumpe el nexo causal, por ejemplo, por razones de fuerza mayor o culpa de la víctima.

Consecuentemente, cuando, atento a la complejidad de la cuestión, no pueda ser atribuida responsabilidad a un sujeto determinado, es viable que con la prudencia necesaria se extienda la responsabilidad a todos los que tuvieron una cuota parte de responsabilidad, que se distribuirá proporcionalmente entre los verdaderos responsables (Sesin, 2009).

#### **4.4. Factor de atribución**

Producido el daño, es necesario indagar sobre el motivo por el cual puede imputarse responsabilidad al Estado por omisión. La ley 26.944 establece que el factor de atribución para justificar la imputación de las consecuencias dañosas no es otro que la falta de servicio. Este cuerpo normativo la define como “una actuación u omisión irregular de parte del Estado”<sup>10</sup>. En igual sentido se han expresado autores como Sesin (2009) al señalar que “la omisión obedece al funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto del órgano administrativo responsable”, configurándose de esta forma la falta de servicio.

La noción de falta de servicio se edifica poniendo la mira en la Administración pública y en el incumplimiento por parte de ella de las normas que prescriben cómo debe ser organizada y cómo debe funcionar. Por ende, se configura la falta de servicio que compromete la responsabilidad estatal cuando un servicio no funciona, o cuando funciona mal o tardíamente (Pizarro-Vallespinos, 2020).

Por tal razón, quien pretenda ser indemnizado, tiene que decir cuál era el servicio que correspondía ser prestado por el Estado y probar que éste no funcionó, o que funcionó mal o tardíamente. En otras palabras, tiene que alegar y probar en qué consistió la defectuosa, irregular o anómala prestación o funcionamiento del servicio.

En cualquier caso, deben ponderarse las dificultades que impidieron el cumplimiento de la actividad administrativa debida, las circunstancias de lugar y tiempo, como así también los recursos personales y materiales que tenía la Administración para asegurar el cumplimiento de la obligación normativa.

<sup>10</sup> Art. 3, inc. d, Ley 26.944.

Al respecto, la Corte Suprema expresó con claridad en la causa “Friar”<sup>11</sup> que “para considerar que el Estado Nacional o sus organismos o entidades son responsables por “falta de servicio”, no basta con enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso examinar cada uno de ellos desde el punto de vista de su legitimidad y de su aptitud para constituirse en factor causal del daño cuyo resarcimiento se reclama” (considerando 6).

Ahora bien, como hemos señalado oportunamente, la exigencia de un mandato normativo previo y determinado a los efectos de imputar la irregularidad de la omisión estatal trae sus dificultades. Creemos que debe elevarse el análisis por encima de esta lectura rígida, ya que se impone la necesidad de articular el sistema de antijuridicidad formal con las disposiciones constitucionales y la oportuna protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Ante esta mirada más amplia, podríamos afirmar que cuando el servicio no se presta o se presta de manera deficiente o tardía, se incurre en definitiva en una omisión conforme a criterios propios de una antijuridicidad material y no puramente formal. Si pensamos en el supuesto en el que el Registro de la Propiedad olvida anotar el levantamiento de un embargo, claramente se constituye un supuesto de omisión, siendo el factor de atribución la falta de servicio. Ahora bien, si en vez de olvidar la anotación de un levantamiento de embargo, sólo lo hace de manera incorrecta, estamos frente a una conducta antijurídica producida por un comportamiento positivo, no una abstención. No obstante, no cabe duda de que el factor de atribución es la falta de servicio, que queda configurada por el apartamiento de un estándar de actuación positivo. En el primer caso, estamos frente a una omisión; en el segundo, frente a una acción errónea. En conclusión, podemos afirmar que la falta de servicio importa una omisión en sentido amplio por apartamiento de la conducta esperable. Desde otro ángulo de análisis, cabe preguntarnos si es posible la fundamentación de la responsabilidad estatal por omisión en otros factores de atribución como el riesgo o vicio de la cosa. Al respecto, percibimos que es un tema por demás amplio, opinable y que contiene diferentes posiciones.

A partir de la sanción de la ley 26.944, se advierte con claridad que el riesgo creado ha sido excluido como factor de atribución en la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad o inactividad irregular.

Sin embargo, es pertinente aclarar que la Corte Suprema sí ha aceptado como factor de atribución también al vicio en el fallo “Bullorini”<sup>12</sup> y al riesgo en “Pose”<sup>13</sup>.

### **5.- Omisión estatal vinculada con la actividad administrativa, legislativa y judicial**

La responsabilidad del Estado por omisión se extiende a todo órgano estatal o privado en ejercicio de la función administrativa. Por esta razón, es aplicable cuando el Poder Legislativo y el Poder Judicial ejercen la función administrativa.

En este sentido, compartimos el criterio de Sesin (2009) que sostiene que “sólo debe exceptuarse la actividad del juez cuando resuelve una controversia, esto es, la actividad absolutamente judicial como la estrictamente legislativa en el procedimiento de formación y sanción de las leyes”.

<sup>11</sup> Fallo CSJN “Friar S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A. s/ daños y perjuicios (ordinario)” (2006)

<sup>12</sup> Fallo CSJN “Bullorini, Jorge Alberto y otro c/ Córdoba, Provincia de s/ daños y perjuicios (accidente de tránsito)” (1994).

<sup>13</sup> Fallo CSJN “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios” (1992).

Sin embargo, en el ámbito del Poder Judicial, la responsabilidad por omisión no sólo es susceptible de ser aplicada con motivo del ejercicio de función administrativa, sino que también en ciertas actividades administrativas que se encuentran vinculadas con lo jurisdiccional. Así, por ejemplo, la Corte Suprema condenó al Estado en el fallo “De Gandia”<sup>14</sup> por una omisión jurisdiccional o, más precisamente, administrativa-jurisdiccional.

El caso versó sobre una abogada que fue detenida en el paso fronterizo camino a Uruguay ya que su vehículo tenía un pedido de secuestro. El Poder Judicial incurrió en una falta de servicio al omitir comunicar el levantamiento de secuestro ya que el auto, en su momento, había sido robado, luego encontrado y devuelto a la propietaria-actora.

En este fallo, el máximo Tribunal ratificó el criterio de que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución” (considerando 4).

## **6.- Reflexiones finales**

En primer lugar, admitimos que la sanción de la ley 26.944, más allá de todas las críticas que se le pueda realizar, trajo claridad normativa en cuanto a la exigencia de un “deber normativo de actuación expreso y determinado”, tras largos debates en torno a este tema.

Sin embargo, es necesario considerar que su ponderación no puede estar sujeta a parámetros rigurosamente formales. De lo contrario, tal como señalan Pizarro-Vallespinos (2020), “bastaría con no reglamentar la actividad estatal, o hacerlo de manera muy vaga y genérica, para enervar la existencia de una norma que imponga actuar en sentido específico”.

En este sentido, la normativa constitucional y convencional, así como los principios y fines del Estado de Derecho, imponen la obligación de legislar cuando corresponda hacerlo y de establecer deberes específicos, cuando éstos resulten indispensables para el cumplimiento de los fines y las funciones del Estado.

En todo caso, habrá que ponderar, a la luz de los estándares fijados por la Corte en el caso “Mosca”<sup>15</sup>, la responsabilidad que puede recaer sobre el Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados, con criterio estricto, valorando los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.

Desde nuestra posición, tal como lo hemos planteado, deberá analizarse las circunstancias particulares del caso y ponderarse todo el ordenamiento jurídico integralmente considerado. Se deberá apreciar los medios razonables para el cumplimiento del servicio, el lazo que une el damnificado con este último, el grado de previsibilidad y evitabilidad del daño, conforme a la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas, y los medios que se dispone.

Consecuentemente, tal como lo establece el Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial, se obliga al intérprete a ponderar no sólo las palabras formales de la ley, sino también sus finalidades, los principios y valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento nacional y supranacional, a la luz del principio de buena fe y el ejercicio regular de los derechos.

<sup>14</sup> Fallo CSJN “De Gandia, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral” (1995).

<sup>15</sup> Fallos CSJN “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios” (2007).

Sin embargo, al mismo tiempo, debemos ser cuidadosos ya que la capacidad de omitir por parte del Estado podría ser infinita. Por ello, simultáneamente, debemos establecer algunos criterios de delimitación o modulación que nos permitan construir un sistema de responsabilidad estatal razonable.

En esta línea de razonamiento, se han ido creando criterios de acotamiento que permiten definir pautas de atribución de responsabilidad del Estado sin caer en la mera violación al principio *alterum non laedere*. En resumen, Cuadros (2018) los ha sistematizado de la siguiente manera: por un lado, criterios de delimitación subjetiva que operan sobre el factor de atribución, planteado por el juez Hutchinson en el caso “Sykes”<sup>16</sup>; por otro lado, criterios que procuran acotar por vía del nexo causal, como se planteó en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza “Torres”<sup>17</sup>; y, por último, aquellos criterios que distinguen entre deberes normativos genéricos y específicos, cuestión que fue abordada en profundidad en el fallo “Viceconte”<sup>18</sup>.

En definitiva, lo que se discute es cómo ponderamos la actividad o inactividad estatal, sobre todo la ejercida por el Poder Ejecutivo a través del poder de policía, dada su amplitud y complejidad. Esta capacidad de control y de ordenamiento del Estado es sumamente amplia, por lo que es necesario delimitar sin vulnerar el interés de la víctima. Por ello, es necesario segmentar la apreciación de las actividades ya que no tiene la misma incidencia el poder de policía sobre rutas o sobre seguridad en la vía pública que el poder de policía en salud, porque la dinámica en la práctica es diferente.

Es evidente que no es el mismo grado de responsabilidad que tiene el ANMAT como organismo de control de medicamentos que el que tiene la policía de seguridad en la vía pública, que debe controlar que no se comentan delitos y proteger a la ciudadanía, por ejemplo, en un parque abierto y vasto. Ahora bien, distinto sería el supuesto del deber de seguridad en un espectáculo público organizado por el propio Estado. Estas diferencias son las que nos exigen que debemos valorar la antijuridicidad en materia de poder de policía de manera casuística ordenando así las circunstancias y sobre todo la naturaleza de esa actividad.

Como conclusión, podemos afirmar que es necesario valorar estos elementos de una manera equilibrada y sensata con fundamento en el principio de la razonabilidad que establezca estándares medios o promedio del servicio que permitan valorar si el funcionamiento de los órganos estatales ha sido anormal, defectuoso o irregular, lo cual, desde ya aclaramos, es difícil de calcular en la práctica. Al respecto sostiene Cuadros (2018) que “la jurisprudencia registra casos en los cuales el núcleo de relevancia del ilícito omisivo no resulta de la especificidad del deber normativo incumplido sino de las particularidades fácticas que, a modo de circunstancias causales, permiten relacionar los daños con la omisión estatal y luego imputarlos y atribuirlos”.

Finalmente, confirmamos que es un tema complejo y sumamente debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Intentamos, a través de este trabajo, sistematizar y aportar algunos elementos a esta discusión que, sin duda, nos deparará nuevos capítulos.

<sup>16</sup> Fallo CNACAF – Sala IV, “Sykes, Violeta y otras c/ Banco Central de la República Argentina” (1985).

<sup>17</sup> Fallo CSJ Mendoza, “Torres, Francisco v. Provincia de Mendoza” (1989).

<sup>18</sup> Fallo CNACAF – Sala IV, “Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo” (1998)

## 7.- Bibliografía

ALTAMIRA GIGENA, J. (2005). *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Advocatus. Córdoba, Argentina.

ÁVALOS, E., BUTELER, A. y MASSIMINO, L. (2016). *Derecho Administrativo*. Tomo I. 2º edición actualizada. Alveroni Ediciones. Córdoba, Argentina.

BALBÍN, C. (2020). *Manual de Derecho Administrativo*. 4º edición actualizada y ampliada. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.

CANDA, F. (2016). *Control Judicial de la Responsabilidad del Estado por Omisión. Pautas Jurisprudenciales para una interpretación de la ley 26.944*, en ALONSO REGUEIRA, E. (dir.), *El Control de la Actividad Estatal*. II. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Buenos Aires, Argentina.

COMADIRA, J., ESCOLA, H. y COMADIRA, J. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

COMADIRA, J. (2012). *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/>. Montevideo, Uruguay.

CUADROS, O. (2018). *Responsabilidad por daños y Estado*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

MASSIMINO, L. (2013). *La dignidad de la persona como principio del derecho público*. XXXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-AADA. RAP. Córdoba, Argentina.

PIZARRO, R. y VALLESPINOS G. (2020) *Manual de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, Argentina.

RAMOS MARTÍNEZ, M. F. (2019). *Responsabilidad del Estado por omisión*. Astrea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

SESIN, D. (2009) *Responsabilidad del Estado por omisión*. XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo-AADA. RAP. Buenos Aires, Argentina.

# La regulación de la prueba del daño en los códigos nacionales y provinciales

por Matías Machado<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.-Introducción. 2.- La carga de la prueba. 3.- El daño como presupuesto de la responsabilidad civil: 3.1.- El concepto de daño en el CCCN. 3.2.- Los distintos aspectos del daño resarcible como presupuesto de la responsabilidad. 4.- La regulación de la prueba del daño en el Código Civil y Comercial: 4.1.- La regla establecida en el art. 1744. 4.2.- Las excepciones previstas en el art. 1744. 4.2.a.-Las presunciones *iuris et de iure*. 4.2.b.-Las presunciones *iuris tantum*: 4.2.b.1.- El art. 1745 del CCCN. 4.2.b.2.-El art. 1746 del CCCN. Presunciones relacionadas con lesiones o incapacidad. 4.2.c.-Las presunciones *hominis* de daño. 5.- La prueba del daño moral. 6.- La prueba del daño en los Códigos Procesales de Córdoba y la Nación: 6.1.- El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 6.2.- El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. 7.- Reflexiones finales. 8.- Bibliografía. 8.1.- Doctrina. 8.2.- Jurisprudencia.

**Resumen:** La normativa que regula la carga de la prueba del daño en nuestro ordenamiento presenta diversas variables. El Código Civil y Comercial de la Nación regula esta temática de manera genérica al establecer que quien debe probar la existencia del daño es el accionante. Los códigos procesales establecen reglas más flexibles en lo que respecta a la acreditación de la cuantía de la indemnización. Los ordenamientos adjetivos de la Nación y la Provincia de Córdoba presentan diferencias en lo referido a la incidencia de la negligencia probatoria en relación al deber del juez de estimar el monto de la indemnización, lo que puede generar diversas consecuencias que merecen ser valoradas de acuerdo a los intereses afectados.

**Abstract:** The rules that regulate the burden of proof of damage in our legal system present various variables. The Civil and Commercial Code of the Nation regulates this subject in a generic way by establishing that the person who must prove the existence of the damage is

<sup>1</sup> Abogado (UNC).  
Maestrando en Derecho  
Civil Patrimonial (UNC).  
Escribano (UES 21).  
Profesor suplente Derecho  
Privado VII -Derecho de  
Daños- (UNC, 2021)

**Palabras clave:**  
Responsabilidad – Daño –  
Carga de la prueba

**Key words:**  
Liability – Damage – Burden  
of proof

the plaintiff. The procedural codes establish more flexible rules regarding the duty of proving the amount of the compensation. The adjective systems of the Nation and the Province of Córdoba present differences regarding the incidence of probative negligence in regards to the judge's duty to estimate the amount of compensation, which can generate various consequences that deserve to be assessed according to the affected interests.

## **1.- Introducción**

En el presente trabajo se dará tratamiento a la temática de la carga de la prueba del daño, tomando en cuenta la forma en la cual esta cuestión se encuentra regulada tanto en las leyes de fondo, como también en determinados códigos de procedimiento.

Si bien es una cuestión que, a simple vista, puede parecer sencilla, sin duda presenta diversos matices y complicaciones. Ello se alcanza a observar al examinar las diferentes modalidades en las cuales se resuelve esta cuestión en las leyes de forma y el distinto tratamiento que le da la jurisprudencia a la hora de resolver.

Por tanto, comenzaremos realizando un análisis del concepto de la carga de la prueba, así como también su función y finalidad, tomando en cuenta los factores que el magistrado debe considerar con respecto a ella a la hora de dictar sentencia, a fin de determinar si el reclamo realizado por la actora resulta procedente.

Seguidamente, examinaremos la distinción existente entre la valoración y la cuantificación del daño, con el objeto de delimitar con posterioridad las particularidades que pueden existir con respecto a ellas al momento de proceder a su acreditación en el marco del juicio de daños y perjuicios.

Con posterioridad, observaremos la forma en la cual se encuentra regulado este tópico en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), para así definir cuáles serán las reglas que deben ser aplicadas de acuerdo a la legislación de fondo en estos casos.

De la misma forma, tomaremos en cuenta las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (CPCC) y realizaremos un estudio de sus similitudes y diferencias, haciendo énfasis en la determinación de quien debe acreditar la entidad cualitativa y cuantitativa del daño en cada caso y valorar como la falta de prueba puede ser suplida por los magistrados.

Finalmente, efectuaremos una valoración de los distintos sistemas vigentes a fin de determinar la forma en la cual debe interpretarse de manera coordinada con la legislación de fondo y cuál es la solución más adecuada que corresponde adoptar en estos supuestos.

## **2.- La carga de la prueba**

En todo litigio nos encontramos frente a una relación entre las partes en el cual, la actora busca probar la existencia de un derecho al reclamar, al exponerlo de manera clara, precisa y detallada a través de un escrito de demanda, con el objeto de que se haga efectiva su pretensión. Por su parte, la demandada persigue acreditar la inexistencia de la procedencia de la pretensión esgrimida.

La decisión del magistrado dependerá de los hechos a los que hacen referencia las partes y las argumentaciones vertidas por cada una de ellas, que deberán ser tenidas en cuenta al momento de dictar sentencia, de acuerdo al principio de congruencia.

Este principio se encuentra relacionado con el derecho de defensa en juicio, al referir al límite que tiene la judicatura de no introducir sorpresivamente alegaciones o cuestiones de hecho de manera que las partes no puedan ejercer su plena y oportuna defensa<sup>2</sup>.

Como aclaración previa, debemos decir que el magistrado se encuentra en condiciones de resolver en el marco de una causa determinada, al valorar la prueba que se haya diligenciado, para determinar cuál ha sido la verdad de los hechos y de esta forma, resolver sobre la validez de la pretensión esgrimida por la actora o, en su defecto, sobre los argumentos defensivos planteados por la demandada.

Sin embargo, existirán determinados casos en los cuales no contará con la prueba suficiente para resolver en uno u otro sentido, por lo cual deberá observar sobre quién pesaba el deber de acreditar la existencia de determinada circunstancia o presupuesto, para así establecer si se ha cumplido con esta carga de manera diligente a fin de acreditar su existencia. Esto conducirá a acoger o rechazar los planteos realizados por las partes cuando se encuentren obligadas a probar determinadas cuestiones que hacen a su pretensión y no hubieren cumplido con ese deber.

Es que, para adoptar su decisión con fundamento en la prueba, es indispensable que el juez se encuentre convencido por ella, en estado de certeza sobre los hechos que declara. Si la prueba no alcanza a producirle esa convicción, le está vedado apoyarse en ella para resolver<sup>3</sup>.

La carga de la prueba se relaciona con un imperativo del propio interés en el marco de un proceso dispositivo. Puede ser analizada a partir de dos aspectos, en relación a los cuales se ha sostenido que aloja en las partes que alegan el compromiso de verificar sus afirmaciones, obrando de alguna manera preventivamente, al saber el interesado que su escasa o ninguna actividad será suficiente para descalificar el contenido de la pretensión. Este primer concepto se refiere a la *carga objetiva* porque precisa el interés del objeto a demostrar, es decir, no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés en confirmarlo. El otro aspecto es llamado *carga subjetiva* y se vincula con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto, dado que puede servirle como regla o señal acerca de cómo debe fallar<sup>4</sup>.

En otras palabras, nos encontramos frente a una directiva orientada tanto a las partes, en relación al riesgo de generar un resultado negativo con respecto a la resolución del litigio por no acreditar determinada circunstancia, como al magistrado, dado que el incumplimiento de esta carga por parte de uno de los intervinientes le indicará la manera de fallar en caso de falta de prueba.

Así, se ha sostenido que, *“...el juez debe responsabilizar a la parte que, según su posición en el caso debió justificar sus afirmaciones, pero, sin embargo, no logró formar la convicción acerca de los hechos invocados como fundamento de su pretensión.”*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado con concordancias con los Códigos Provinciales*, ed. Rubinzal Culzoni – Editores, Santa Fe, 2022, T. I, p. 51

<sup>3</sup> QUADRI, Gabriel Hernán, “La carga de la prueba en el CCYCN”, en QUADRI, Gabriel Hernán (dir.), *Derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. La Ley, Bs. As., 2017, T. I, p. 680

<sup>4</sup> Conf. GOZAÍNI, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*, ed. Jusbaire, Bs. As., 2020, T. II, P. 553

<sup>5</sup> ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A., ob. cit. T. I, p. 651

En el caso de los procesos de daños el análisis de la carga de la prueba se relaciona con aquellos hechos que permitan acreditar la configuración de los 4 presupuestos de la responsabilidad civil, cuya existencia tornaría procedente la pretensión de la actora.

### **3. - El daño como presupuesto de la responsabilidad civil**

#### **3.1.- El concepto de daño en el CCCN**

Tal como hemos afirmado en otras oportunidades, podemos decir que el ordenamiento vigente nos permite vislumbrar que el daño que se debe reparar es aquel que comprende las consecuencias perjudiciales que se desprenden de la lesión a un derecho subjetivo o a un simple interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Es que, si bien al definir a este presupuesto de la responsabilidad el art. 1737 del CCCN se limita a referirse a lo que entendemos por daño en sentido amplio (daño lesión), los arts. 1726, 1738, 1741 del CCCN, tratan de manera concreta las consecuencias dañosas que surgen de la afectación a un derecho o a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico.

Específicamente, el art. 1726 establece que *“Son reparables las consecuencias dañosas...”*, mientras que el art. 1738 en su segunda parte se refiere a que los rubros reconocidos en dicha norma incluyen especialmente las *consecuencias* que surjan de la violación de determinados derechos de la víctima. Por otra parte, en el art. 1741 se indica que se indemnizan las *consecuencias* no patrimoniales.

Como se puede observar, en la normativa vigente se han receptado los dos conceptos de daño, pero aquel que se debe indemnizar es el que se identifica con el concepto de daño resarcible o daño en sentido estricto (el daño consecuencia)<sup>6</sup>.

Para la determinación de los perjuicios padecidos debemos recurrir a la aplicación del principio de reparación plena o integral, el cual fue reconocido en el Código Civil y Comercial de la Nación el art. 1740 del CCCN y emerge del principio de no dañar a otro contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional.

#### **3.2.- Los distintos aspectos del daño resarcible como presupuesto de la responsabilidad**

Resulta necesario llevar a cabo dos actividades para establecer cuál es el daño resarcible.

La primera de ellas consiste en su valoración, operación que consiste en la determinación de la entidad cualitativa del daño, es decir, su existencia. Para ello, se debe valorar si se ha acreditado un perjuicio en el plano fáctico, con respecto a alguna de las dos grandes categorías de daño resarcible, sin importar la cuantía del monto a indemnizar.

Así, se ha sostenido que se trata de *“...la determinación de la existencia de la consecuencia resarcible, y su entidad cualitativa. Esto es, cuál es su composición intrínseca, con prescindencia absoluta de su valor económico, si es que lo tiene (ello no se presenta en el daño moral).”*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> En este sentido 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. 191/195.

<sup>7</sup> OSSOLA, Federico Alejandro en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela (Dirs.), *“Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil”*. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, p. 233

La siguiente operación que debe ser llevada a cabo – solo en los supuestos en los cuales la indemnización sea abonada en dinero y no se efectúe una reparación en especie – es la de cuantificar el daño.

Esta consiste en convertir el perjuicio cualitativamente comprobado en un monto de dinero. Resulta necesario traducir y liquidar el perjuicio en una indemnización. La cuantificación es la conclusión lógica y jurídica que sigue al proceso de valoración del daño<sup>8</sup>.

La valuación y la cuantificación del daño puede ser realizada por vía convencional, legal o judicial<sup>9</sup>:

**Convencional:** se da cuando surge de un acuerdo entre las partes (el damnificado y el sindicado como responsable) que puede traducirse en una transacción o en la estipulación de una cláusula penal.

**Legal:** este supuesto se configura cuando la ley establece la cuantía de la indemnización, el monto máximo o mínimo que debe ser abonado al deudor (la víctima del daño).

**Judicial:** cuando no se haya producido la determinación del daño por vía convencional o legal, debe ser establecido por el juez al momento de dictar sentencia.

Cabe aclarar que, en este último supuesto, el juez deberá guiarse por lo requerido por la actora al momento de interponer la demanda y por la prueba que se incorpore al expediente durante el proceso, a fin de determinar si se debe tener por acreditada la existencia y la cuantía del daño de acuerdo a los parámetros fijados en la normativa de fondo y de forma que regula la cuestión.

#### **4.- La regulación de la prueba del daño en el Código Civil y Comercial**

##### **4.1.- La regla establecida en el art. 1744**

En el presente acápite analizaremos la forma en la cual se encuentra reglamentada esta temática en el marco regulatorio del CCCN. A tal fin, debemos destacar que el art. 1744 de dicho cuerpo normativo dispone que *“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.”*

Ciertamente, no podemos pasar por alto el hecho de que nos encontramos frente a una norma de carácter formal contenida en un código de fondo. Resulta claro, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 que, en principio, el Congreso de la Nación se encuentra imposibilitado a legislar en materia procesal.

Sin embargo, esta prohibición no es absoluta y existen determinados casos en los cuales el dictado de este tipo de normativa por el poder legislativo nacional resulta ajustada a derecho. Esta posibilidad ha sido admitida desde antaño por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que *“Si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso, prescribir*

<sup>8</sup> PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2017. T.I, p. 640.

<sup>9</sup> Clasificación tomada de LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, T. I, p. 232/233 (séptima edición actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio)

*formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar*<sup>10</sup>. En igual sentido, consideró con posterioridad que *“La circunstancia de que las provincias tengan facultad constitucional para darse sus instituciones propias y gobernarse por ellas, y en particular, para legislar sobre procedimientos, no es óbice para que el Congreso al dictar las leyes comunes cuya sanción le incumbe, pueda incluir en ellas las disposiciones formales que estime necesarias para la efectividad de los derechos allí reglamentados.”*<sup>11</sup>

Lo primero que podemos observar es que esta norma establece una regla clara, que no realiza distinciones. Quien debe probar la existencia del daño es quien alega haber sufrido un perjuicio, es decir el actor que inicia la demanda en contra del sindicato como responsable.

Si nos guiamos por los términos literales de esta norma se debería entender que la víctima debe acreditar que se ha configurado un daño, tanto en su faz cualitativa como cuantitativa. Sin embargo, como veremos con posterioridad, se deben realizar algunas distinciones en cuanto a la forma en la cual se debe valorar la existencia de prueba según se trate de uno u otro de estos aspectos.

Existe una cuestión sobre la cual no caben dudas: de acuerdo a lo dispuesto en la normativa de fondo no resulta aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas a la acreditación del daño.

Para el único presupuesto de la responsabilidad civil en el cual se previó la utilización de esta figura es para la los factores de atribución, concretamente en lo referido a la carga de la prueba de la culpa (art. 1735 del CCCN), supuesto en el cual se establece una excepción con respecto a lo dispuesto en el art. 1734 del CCCN.

Si el legislador hubiese querido que esta teoría resultara aplicable a alguno de los otros presupuestos de la responsabilidad no habría previsto una regulación tan limitada, sino que hubiera consagrado una norma que la tornara aplicable al daño, la antijuridicidad y la relación de causalidad.

El actor deberá probar que se han configurado los requisitos relativos a la resarcibilidad del daño, esto es, la consecuentemente demostración de que la lesión al interés patrimonial o extrapatrimonial ha resultado, a su vez, personal (directa o indirectamente) de quien acciona, subsistente a la fecha de la sentencia, cierta (no meramente hipotética o conjetural) y abarcada por el régimen normativo de imputación de las consecuencias<sup>12</sup>.

Para ello se deberá demostrar la existencia de una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que a su vez provoque un perjuicio en sentido estricto, que genere consecuencias dañosas en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del damnificado.

#### **4.2.- Las excepciones previstas en el art. 1744**

La norma analizada trae como primera excepción el hecho de que la ley impute o presuma el daño las cuales serán analizadas a continuación.

<sup>10</sup> CSJN 22/6/1923, "Bernabé Correa v. Mariano R. Barros s/ cobro ejecutivo de pesos" (Fallos 138:157)

<sup>11</sup> CSJN, 8/9/1949, "Kelly Ward de Smyth doña Catalina s/insania" (Fallos 214:533)

<sup>12</sup> AGOGLIA, María Martha, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, *La prueba del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, 1999-I, p. 165.

A tal fin debemos destacar que en nuestro Código Civil y Comercial se establecen presunciones legales *iuris et de iure* y *iuris tantum* del daño. Los distintos supuestos comprendidos en dicho cuerpo legal serán analizados a continuación.

De la misma forma, con posterioridad, se tomarán en cuenta aquellos perjuicios que surjan notorios de los propios hechos tal como establece la norma analizada.

#### **4.2.a.- Las presunciones iuris et de iure**

Entre las presunciones legales establecidas en relación a este presupuesto podemos comenzar mencionando a aquella contenida en el art. 768 del CCCN, de acuerdo al cual el deudor debe intereses a partir de su mora. Se trata de una presunción *iuris et de iure* que, por tanto, no admite prueba en contrario.

En relación a ello se ha considerado que se trata de una indemnización tarifada del perjuicio, que actúa como piso, más allá de que el acreedor pueda reclamar un daño mayor si acredita su existencia<sup>13</sup>.

Lo mismo ocurre en los casos en los cuales se haya determinado una cláusula penal de conformidad con lo dispuesto en el art. 790 subsiguientes del CCCN. Puntualmente, debemos destacar que, de acuerdo a lo establecido en el art. 794 de dicha normativa, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno.

#### **4.2.b.- Las presunciones iuris tantum**

Por otro lado, existen algunas presunciones *iuris tantum* de daño previstas en nuestro ordenamiento legal, que permiten al sindicado como responsable acreditar la inexistencia del daño o, en su caso, que la indemnización que corresponde abonar es de menor cuantía a la reclamada.

##### **4.2.b.1.- El art. 1745 del CCCN**

Comenzaremos por referirnos a las presunciones que replican – de manera más depurada – los supuestos previstos en los arts. 1084 y 1085 del Código Civil de Vélez. Nos referimos a aquellas contenidas en el art. 1745 del CCCN, que se encuentran relacionadas con el fallecimiento de la víctima del hecho dañoso.

El primer inciso de esta norma se refiere a los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima y confiere legitimación para requerir su pago a quienes los hayan abonado.

Este supuesto se refiere a las erogaciones realizadas con relación a los tratamientos que hayan sido realizados sobre la víctima en el caso de que su fallecimiento no se hubiere producido forma instantánea. Es decir que la muerte del afectado debe haber ocurrido de manera sobrevenida, en una ventana temporal posterior al hecho dañoso para que, de este modo, se pueda presumir la existencia de los gastos relacionados con la asistencia médica, la internación, el consumo de medicamentos o cualquier otra erogación de carácter similar.

<sup>13</sup> En este sentido 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. 218 y PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2017. T.I, p. 216.

En otras palabras, los gastos reclamados deben haberse producido durante el tiempo transcurrido entre el hecho dañoso y el fallecimiento<sup>14</sup>.

Se establece una legitimación amplia para solicitar el resarcimiento de este tipo de perjuicios. Sin embargo, no se establece una presunción sobre la existencia de esta legitimación.

Con respecto a ello, coincidimos con la postura que sostiene que es posible elaborar una presunción *hominis* en el sentido de que los gastos fueron efectuados por el pariente de grado más cercano<sup>15</sup>.

El inc. b de la norma bajo análisis establece una presunción con respecto a “...lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente”.

En este caso se establece una presunción a favor de determinados damnificados indirectos con respecto al derecho de alimentos que poseían con respecto a la víctima del hecho dañoso.

Se establece un límite en relación a sus hijos, en lo referido a su edad y al derecho alimentario (conf. Art. 658 segundo párrafo del CCCN).

Más allá de la presunción a la que hace referencia, cualquier sujeto podrá reclamar por los daños patrimoniales que hubiere sufrido por el fallecimiento del damnificado directo, ya sea que se trate de daño emergente, lucro cesante o pérdida de chances. Sin embargo, en estos casos la carga de la prueba pesará sobre quien ejerce la pretensión resarcitoria.

En lo referido a la determinación de la cuantía de esta indemnización el art. 1745 establece como parámetros el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes.

Esta disposición resulta razonable, dado que la expectativa de vida del damnificado directo sirve de medida para determinar el tiempo por el cual se hubiera encontrado en condiciones de proveer alimento a los damnificados indirectos. De la misma forma resulta necesario tener en cuenta el patrimonio que poseía el fallecido a fin de determinar la porción de este último que se encontraba en condiciones de destinar a los legitimados enumerados en el inc. b del art. 1745.

De la misma forma consideramos que para el cálculo de este rubro, debe recurrirse a la utilización de fórmulas matemáticas, como lo establece el art. 1746 del CCC, dado que se trata de establecer un monto de capital que, amortizado en un lapso estimado, permita obtener a los damnificados indirectos un importe equivalente al que habrían percibido de continuar con vida la víctima<sup>16</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba se ha pronunciado a favor de la aplicación de este tipo de fórmulas en estos supuestos en el dictado del precedente “Marshall” en el año 1984<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> GALDOS, Jorge Mario, *La Responsabilidad Civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2021, T.II, p. 522.

<sup>15</sup> PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. *Tratado de Derecho de Daños*, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T,II, p. 546/547.

<sup>16</sup> PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. *Tratado de Derecho de Daños*, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T,II, p. 549.

<sup>17</sup> Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Penal, 22/03/1984, “Marshall, Daniel A.”, publicado en JA 1985-I-214.

Por último, el inc. c. del art. 1745 establece una presunción por la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos y amplía este supuesto para quienes tengan la guarda del menor fallecido.

Esta norma resulta adecuada dado que reconoce la posibilidad de que los progenitores y los guardadores reciban asistencia de sus hijos cuando estos últimos adquieran mayoría de edad.

La norma contempla esencialmente la expectativa de que los hijos les brinden ayuda a los legitimados activos cuando la necesiten, lo cual implica poner un énfasis especial en el momento en el cual estos últimos sean ancianos o padezcan alguna dolencia que implicaría la necesidad de contar con el auxilio de terceros.

La chance de los padres de una ayuda futura por los hijos tiene contenido económico (además de sus proyecciones espirituales). Equivale a una expectativa de sostén y colaboración, sobre todo en una edad avanzada y, en general, ante problemas que la vida puede suscitar<sup>18</sup>.

#### **4.2.b.2 El art. 1746 del CCCN. Presunciones relacionadas con lesiones o incapacidad**

Seguidamente, analizaremos la presunción contenida en el art. 1746 del CCCN, que en su parte pertinente establece: *“Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad”*.

Nos encontramos frente a un supuesto en el cual debe haberse acreditado la existencia de lesiones – aun de carácter no invalidante – o de cierto grado de incapacidad para que se haga efectiva la presunción contenida en esta norma, que comprende los diversos tratamientos a los que debería someterse la víctima, la asistencia médica, la internación, el consumo de medicamentos o cualquier otra erogación de carácter similar, que tenga una razonable relación con los padecimientos sufridos.

A ello se adicionan los gastos de traslado que lógicamente deberá realizar el damnificado a fin de llevar a cabo los tratamientos pertinentes para su recuperación en relación al detrimento físico sufrido.

Se encuentran comprendidos no sólo los gastos por la atención médica y farmacéutica en el período inmediato al hecho y en el de convalecencia, sino además aquellos orientados a la rehabilitación por invalidaciones o a una mejora en la calidad de vida<sup>19</sup>.

Se permite que los magistrados establezcan la extensión de los perjuicios sufridos al tomar como parámetro la entidad del daño, en sentido amplio, sufrido por la víctima, que repercute de manera directa en su integridad psicofísica.

#### **4.2.c.- Las presunciones *hominis* de daño**

Cuando hablamos de este tipo de presunciones nos referimos a la última parte del art. 1744 que establece como excepción al principio general que el daño surja notorio de los propios hechos.

<sup>18</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R. (2018). *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. Tomo III. Córdoba, Alveroni Ediciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecas-ucc/111710?page=133>.

<sup>19</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R. (2018). *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. Tomo III. Córdoba, Alveroni Ediciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecas-ucc/111710?page=145>.

Se trata de presunciones judiciales, que consisten en las conclusiones que establecen los jueces con base a la experiencia y a partir de la existencia de una pluralidad concordante de hechos de los que se puede inferir razonablemente el resultado, según las reglas de la sana crítica (arts. 163 inc. 5 y 384 del CPCCN) y conforme el parámetro de normalidad que se asienta en el art. 1727 del nuevo Código<sup>20</sup>.

Para ello, no se requiere la existencia de una prueba acabada, sino que basta con la acreditación de determinados hechos a partir de los cuales se infiere la existencia del daño causado.

Así, se puede mencionar como ejemplo el caso de la privación de uso del automotor, sobre el cual se ha considerado que *“...la imposibilidad de disponer del vehículo durante el tiempo de duración de los arreglos origina un perjuicio “per se” indemnizable como daño emergente, que no requiere pruebas concretas.”*<sup>21</sup>

En cuanto a este rubro se ha sostenido también que debe ser indemnizado aun en el caso de la ausencia absoluta de prueba concreta de la entidad económica de ese daño<sup>22</sup>.

### **5.- La prueba del daño moral**

Si bien existen posturas que consideran que, en determinados supuestos, no se requiere que el daño moral sea acreditado, nosotros coincidimos con quienes sostienen que su existencia debe ser demostrada en todos los casos, por aplicación de la normativa general referida a la carga de la prueba<sup>23</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, la existencia de este tipo de perjuicios deberá ser probada de manera indirecta, razón por la cual los magistrados deberán valerse de indicios y presunciones hominis para tener por acreditada su configuración.

Así, en algunos supuestos, como puede ser el fallecimiento de un hijo o la existencia de lesiones incapacitantes permiten tener por demostrada la producción del perjuicio, cuya existencia en estos casos surge notoria de los propios hechos.

Cabe aclarar que, en el caso de que se produzca una lesión a un bien de carácter material deberá exigirse mayor esfuerzo probatorio al damnificado a fin de tener por acreditada la existencia de los perjuicios sufridos en el ámbito extrapatrimonial.

### **6.- La prueba del daño en los Códigos Procesales de Córdoba y la Nación**

Los distintos Códigos procesales establecen reglas diversas relacionadas con la prueba del daño.

<sup>20</sup> GALDOS, Jorge Mario, *La Responsabilidad Civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2021, T.II, p. 515.

<sup>21</sup> CNCiv., Sala J, 29/9/2015, “Velázquez, María c/ Berkley International Seguros S.A. s/daños y perjuicios”, La Ley Online, cita AR/JUR/37625/2015. De la misma forma, este Tribunal sostuvo que *“Para la fijación del monto debe atenderse tanto a la falta de comodidad en cuanto elemento de esparcimiento o recreo, como a las erogaciones efectuadas por la utilización de otros medios de transporte. La sola privación del vehículo representa, para el propietario usuario o guardián, un evidente perjuicio, que no deriva de las tareas que tenía que realizar, sino de lo que significa la carencia del automóvil durante el lapso que se indica para los nombrados, sea cual fuere el uso que se le diere al vehículo. Por otro lado, la fijación de la cuantía por este rubro debe fijarse en forma prudencial.”*

<sup>22</sup> Cám 5º CCyC de Cba. “Cuello, Christian Marcos c/ Asco, Víctor Hugo – Ordinario - Daños y Perjuicios - Accidentes de tránsito Expte. N° 6108637”, 05/06/2020, Sentencia N° 36. Vocales: Ferrer y Zalazar.

<sup>23</sup> En este sentido PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2017. T.I, p. 216/219 y PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. *Tratado de Derecho de Daños*, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T,II, p. 559/563.

En este caso particular, analizaremos la forma en la cual se ha regulado esta cuestión en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y sus diferencias con respecto al tratamiento que se ha dado a este tema en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Para ello, tendremos especialmente en cuenta las distintas reglas que se han establecido en relación a la prueba de la existencia de este presupuesto de la responsabilidad – es decir la determinación de su entidad cualitativa – y a la acreditación de su cuantía.

### **6.1. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

Resulta necesario determinar sobre quién pesa la carga de la prueba de la existencia del daño, así como de su cuantía, de acuerdo a las reglas establecidas en el CPCCN. Para ello, debemos tener en cuenta que el art. 377 de dicha normativa dispone que *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...”*.

De acuerdo a lo establecido en la norma citada, le compete a la actora la acreditación de la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil. Es que, en los procesos de daños, rige el principio dispositivo de acuerdo al cual la carga de la prueba reposa en quien afirma los hechos que alega.

En este sentido la Cámara Federal de Córdoba ha afirmado que *“...es la parte interesada la que debe aportar al juicio todo aquello que sea pertinente a fin de acreditar el presupuesto de hecho en el que fundó la demanda, constituyendo ello un elemento decisivo para la viabilidad de su pretensión.”*<sup>24</sup>.

Ahora bien, enfocándonos específicamente el daño resarcible, debemos destacar que, indudablemente, de acuerdo a la normativa analizada, pesa sobre la actora el deber de acreditar la entidad cualitativa del perjuicio sufrido, la cual comprende la lesión a un derecho o un interés y la producción de consecuencias perjudiciales en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial del damnificado.

Sin embargo, esta regla debe ser interpretada de manera mucho más flexible en lo que respecta a la cuantía del daño sufrido en virtud de lo dispuesto en el art. 165 del CPCCN.

La norma citada establece que *“Cuando la sentencia contenga condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá por lo menos las bases sobre que haya de hacerse la liquidación. (...) La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.”*

En otras palabras, si bien el art. 1744 no realiza distinciones en relación a la prueba del daño en sus dos facetas, esta disposición general deberá ser atemperada en los casos en los cuales resulte aplicable el ordenamiento de rito nacional, conforme lo establecido en el artículo analizado.

<sup>24</sup> Cámara Federal de Córdoba, 29/12/2020 “Peralta, Marcela Fabiana C/ PREME OSPIF s/ civil y comercial - varios” Expte. N° 11170022/2008/CA1 (del voto del Dr. Vélez Funes)

Esta regla le impone de manera clara al magistrado la obligación de fijar el importe de los daños reclamados si se ha demostrado su existencia, aun cuando no se haya probado su cuantía.

Cabe aclarar, que no se establece como excepción para la aplicación de esta regla la existencia de negligencia probatoria por parte de la actora en la acreditación del monto del daño. Sin embargo, resulta claro que si esta última no ha producido prueba suficiente con respecto a la suma requerida como indemnización esta podrá verse fuertemente afectada al ser fijada por el juez por no contar con los elementos probatorios suficientes para su determinación clara y precisa.

Así, se ha sostenido que *“...la flexibilidad a la hora de determinar el monto del daño no exime al demandante de aportar la prueba pertinente, de forma de establecer, con la mayor aproximación posible, la magnitud del perjuicio. La deficiencia en la prueba referida al monto gravitará en su contra.”*<sup>25</sup>.

En lo que respecta a la aplicación de esta norma, el máximo tribunal se ha expresado indicando que es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda al considerar que no se había probado la existencia de un daño resarcible, sin hacer uso de las atribuciones que el legislador ha confiado al juez con miras al adecuado servicio de la justicia (arts. 165 in fine y 36 párr. 2 Código Procesal) pues constituye una solución excesivamente ritual, que guarda relación directa e inmediata con la frustración de los derechos constitucionales que invoca el apelante<sup>26</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos soslayar que, si bien la norma pone en manos de los jueces la determinación del importe de la condena, ello no quiere decir que aquellos usen tal facultad de manera arbitraria, por lo cual, la estimación ha de estar basada en su experiencia general para casos análogos, en datos que surjan con las variables de otras sentencias<sup>27</sup>.

Al efectuar un análisis de esta disposición, podemos observar que, si se es demasiado laxo en su aplicación, en muchos casos, la actora omitirá llevar a cabo el esfuerzo probatorio suficiente a fin de acreditar el monto del perjuicio sufrido.

Esto tornará más dificultosa la actividad de los magistrados al momento de determinar la cuantía del daño, dado que, en estos casos, no contará con los parámetros suficientes para proceder a su determinación, lo cual conducirá a su fijación de manera prudencial.

Si bien en algunos supuestos se podrá acceder a bases de datos de conocimiento público o regirse por las reglas de la experiencia para determinar el monto de la condena, existirán casos en los cuales la indemnización fijada será susceptible de ser atacada por resultar arbitraria, al no contar el juez con los fundamentos suficientes para establecerla de manera correcta.

Más allá de ello, entendemos que la solución adoptada por el art. 165 del CPCCN contribuye a reforzar el valor justicia y permite evitar que, quien ha acreditado de manera efectiva la existencia de un daño, vea frustrado su derecho a ser

<sup>25</sup> PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. *Tratado de Derecho de Daños*, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T,II, p. 542.

<sup>26</sup> CSJN. “Mainardi, Ricardo P. v. Alsina Parking S.R.L.”, 10/12/1992, Cita: TR LALEY 1/29632.

<sup>27</sup> VILA, Rosa, en HIGHTON, Elena I. y AREAN, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, T. III, p. 503

indemnizado por no haber podido producir la prueba necesaria para la determinación de las sumas reclamadas.

## **6.2. El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba**

Esta temática ha sido regulada de manera diferenciada en el ordenamiento de rito de la provincia de Córdoba, en donde se han establecido reglas específicas en los arts. 333, 334 y 335 del CPCC.

La primera de esas normas establece que *“Cuando la sentencia contenga condenación al pago de frutos, intereses o daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá, por lo menos, las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación.”*

La segunda dispone que *“Si no se pudiere cumplir con la prescripción del artículo anterior por imposibilidad no imputable de prueba, el tribunal estimará el daño conforme a los parámetros del artículo siguiente.”*

Por último, de acuerdo al art. 335 del CPCC *“El tribunal podrá fijar prudencialmente el monto de la obligación cuyo pago se reclama, mediando las siguientes circunstancias: 1) Que la existencia de la obligación y su exigibilidad hayan sido demostradas. 2) Que la duda del tribunal recaiga sólo sobre el número, el valor de las cosas o la cuantía de los daños y perjuicios que se reclamen. 3) Que no haya sido posible determinar los extremos a que se refiere el inciso anterior, pese a la diligencia puesta por aquél a quien incumbe la carga. La determinación del monto de la condena deberá responder a lo que es habitual en circunstancias análogas a las demostradas en autos, optando por la más moderada.”*

Como se puede observar, la normativa provincial establece como regla que el actor debe acreditar tanto la existencia del daño, como su cuantía. Sin embargo, los arts. 334 y 335 permiten al magistrado fijar el monto que deberá ser indemnizado – o diferir su estimación para la etapa de ejecución – siempre que no existiere negligencia probatoria por parte del interesado.

Es decir, que pueden darse distintas situaciones. La primera es que la existencia del daño no haya sido probada, lo que conducirá – al igual que en el CPCCN- al rechazo de la demanda

La segunda es que la entidad cualitativa y cuantitativa del daño se encuentren acreditadas, lo cual traerá como consecuencia lógica el acogimiento en la sentencia de los rubros reclamados

La tercera es que haya pruebas suficientes en lo que respecta a la existencia de los perjuicios sufridos y no sobre el monto adeudado al actor.

En este último supuesto puede ocurrir que existan elementos suficientes para llegar a la determinación del monto, razón por la cual deberán ser especificados por el juez en la sentencia a fin de que se realice la liquidación correspondiente en la etapa de ejecución<sup>28</sup>.

De la misma forma puede darse la circunstancia de que no existan elementos suficientes para la determinación del monto del daño en la etapa de ejecución. En estos casos el Tribunal podrá estimar dicha suma prudencialmente, siempre que no hubiere existido negligencia probatoria por parte de quien reclama. Para ello, la

<sup>28</sup> DIAZ VILLASUSO, Mariano, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Advocatus, Cba., 2016, T. II, p. 321

norma dispone expresamente que el magistrado deberá guiarse por lo resuelto en casos análogos, optando siempre por la suma más moderada.

Al seguir este criterio se ha sostenido que el juzgador posee la facultad, para “...*fijar las bases en la sentencia de primera instancia, conforme el prudente arbitrio (arts. 334, 335) y diferir a la etapa de ejecución de sentencia la cuantificación de los daños fijados según dicho arbitrio judicial. Más claro: a falta de elementos probatorios suficientes no imputables a la parte sobre la que recae tal carga, el juez podrá establecer según su prudente arbitrio las bases para la cuantificación del daño, y también diferir la cuantificación a la ejecutoría, en los términos de los arts. 334, 335 C.P.C., hipótesis que en modo alguno se encuentra restringida o prohibida por la ley.*”<sup>29</sup>.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el CPCCN, en los casos en los que existiere negligencia probatoria por parte de la actora en la acreditación de la cuantía del daño, se deberá proceder al rechazo de los rubros cuyo monto no se encuentre acreditado. Esto implica que, en estos supuestos, no podrá diferirse la liquidación de la indemnización para la etapa de ejecución, ni se permitirá al magistrado proceder a su estimación prudencial.

Si bien se ha establecido un esquema menos estricto que el que se encuentra contenido en el art. 1744 del CCCN, el método utilizado en la provincia posee una mayor rigidez que el del ordenamiento de rito nacional.

Resulta necesario aclarar que, en determinadas circunstancias se ha admitido una interpretación flexible de la normativa citada, aun en los casos en los que no se hubiere producido la prueba pertinente<sup>30</sup>. Sin embargo, en la mayoría de los casos resultan aplicables las reglas enunciadas, lo cual conducirá al rechazo del reclamo resarcitorio por no haber demostrado de manera diligente la cuantía de las sumas reclamadas.

Este sistema tiene como aspecto positivo el hecho de que obliga al actor a realizar el máximo esfuerzo probatorio posible a fin de acreditar el monto que se le adeuda por los rubros indemnizatorios solicitados.

Por tanto, al incorporar la accionante una mayor cantidad de elementos orientados a demostrar la cuantía de las sumas reclamadas, facilitará la tarea del magistrado, quien contará con una mayor cantidad de prueba para determinar cuál es la cuantía del daño sufrido.

Asimismo, permitirá al demandado ejercer de manera más adecuada su derecho de defensa, al conocer los elementos probatorios de los cuales habrá de valerse el actor, lo que le permitirá impugnarlos de manera oportuna y acreditar por sus propios medios el monto que correspondería otorgar como indemnización.

Sin embargo, consideramos que las normas analizadas en el presente acápite pueden llevar, en muchos casos, a situaciones en las cuales se vulnera el valor justicia. Ello es así dado que pueden darse supuestos en los cuales se haya probado de manera acabada la entidad cualitativa del daño y, a pesar de ello, puede producirse el rechazo de la demanda.

<sup>29</sup> LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián, *La determinación de la cuantía del daño y la negligencia probatoria*, cita online TR LALEY AR/DOC/1928/2007

<sup>30</sup> Para un análisis profundo de las excepciones admitidas por la jurisprudencia Cordobesa ver DIAZ VILLASUSO, Mariano, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Advocatus, Cba., 2016, T. II, p. 324/330.

Esto nos llevaría a una situación contradictoria en la cual, a pesar de encontrarse demostrada la configuración de los demás presupuestos de la responsabilidad civil y la existencia del daño, se negaría cualquier tipo de compensación al actor por no haber producido prueba suficiente en relación a su cuantía.

Con respecto a ello se ha considerado que *“...el rito provincial prioriza el principio de economía procesal, aventando el desdoblamiento del proceso en dos etapas, una para determinar el crédito y otra para cuantificar su monto, lo que – de suyo– generaría una duplicación de esfuerzos y tiempo. Contrariamente, el sistema nacional evita la injusticia que se provoca cuando habiéndose demostrado la legitimidad de la acreencia, luego no se reconozca su realización, por no haberse acreditado su alcance.”*<sup>31</sup>.

En nuestra opinión – a pesar de los beneficios que puede llegar a traer la aplicación del régimen provincial – la solución adoptada por el art. 165 del CPCCN resulta más adecuada, ya que permitirá de manera clara, en todos los casos y sin contrariar de forma alguna la normativa vigente, que se otorgue una indemnización a quien acreditó la existencia del daño y de los presupuestos de la responsabilidad civil en muchos supuestos en los cuales resulta claro que el perjuicio debe ser resarcido y, en los cuales, existen herramientas a las cuales los magistrados pueden recurrir para su determinación. Se pueden mencionar como ejemplo los casos de privación de uso del automotor, la pérdida del valor venal de determinado bien material o la existencia de gastos médicos y farmacéuticos.

Por otra parte, cabe aclarar que, aun en los casos en los cuales resulte aplicable el CPCCN, será conveniente para el actor demostrar la cuantía de los perjuicios sufridos a fin de evitar que la indemnización peticionada se vea mermada cuando el juez dicte sentencia valiéndose del art. 165 de dicha normativa.

## **7.- Reflexiones finales**

Podemos concluir, luego del análisis realizado en los acápites precedentes, que, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, nos encontramos frente a una regla que dispone que quien debe probar la existencia del daño es quien alega haber sufrido un perjuicio, es decir el actor. De la misma forma, resulta claro que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas no resulta aplicable al presupuesto al que nos referimos.

Esta regla posee excepciones, entre las cuales se encuentra la existencia de presunciones legales, que pueden ser *iuris et de iure* y *iuris tantum*, entre las cuales se encuentran comprendidas los supuestos previstos en los arts. 768, 794, 1745 y 1746 del CCCN.

En lo que respecta al daño moral, consideramos que la entidad cualitativa de este rubro debe ser probada. Sin embargo, el acreedor puede valerse de indicios y presunciones para proceder a su acreditación de manera indirecta.

En cuanto a la determinación de la cuantía del daño, los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la Nación y la Provincia de Córdoba establecen reglas que permiten interpretar de manera más flexible el principio fijado en el art. 1744 del CCCN.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 165 del CPCCN, se debe fijar el importe de los daños reclamados si se ha demostrado su existencia, aun cuando no se haya probado

<sup>31</sup> DIAZ VILLASUSO, Mariano, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Advocatus, Cba., 2016, T. II, p. 324

su cuantía. No se establece como excepción para la aplicación de esta regla el hecho de que la actora hubiere incurrido en negligencia probatoria en la acreditación del monto del daño, aunque dicha circunstancia puede provocar una merma en la indemnización que es otorgada por el magistrado.

La estimación deberá ser realizada de manera fundada, de manera que corresponderá tomar en cuenta los parámetros utilizados para casos análogos y los datos que surjan con las variables de otras sentencias, así como también información de carácter público a la cual se pueda acceder para su determinación.

Por otro lado, ha quedado claro los arts. 333, 334 y 335 del CPCC de Córdoba establecen estándares más rígidos en relación a las facultades que poseen los jueces para determinar la cuantía del daño en caso de ausencia de prueba.

Estas normas permiten al magistrado realizar una estimación del monto de la indemnización o, en su defecto, diferir su cuantificación para la etapa de ejecución de sentencia siempre que no hubiere existido negligencia probatoria por parte de la actora.

Al efectuar una valoración crítica de ambos regímenes, debemos destacar que consideramos que el sistema adoptado por el CPCCN resulta más adecuado. Ello es así dado que, a pesar de que es cierto que el régimen por el cual ha optado el código de rito provincial obligará al requirente a realizar el máximo esfuerzo probatorio a fin de demostrar el monto de los perjuicios sufridos, el método utilizado por el Código Procesal nacional resultará de mayor utilidad para evitar situaciones injustas.

Ello es así dado que el art. 165 del CPCCN permitirá hacer lugar al reclamo de los rubros solicitados por la actora, cuando se encuentre acreditada la entidad cualitativa del daño y la configuración de los demás presupuestos de la responsabilidad civil, aun cuando no se hubiese probado su cuantía. Aun en estos casos la actora tendrá una motivación suficiente para acreditar el monto de la indemnización a fin de evitar que se le confiera una suma inferior a la que pretende.

## **8.- Bibliografía:**

### **8.1. Doctrina**

ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y anotado con concordancias con los Códigos Provinciales*, ed. Rubinzal Culzoni – Editores, Santa Fe, 2022, T. I.

QUADRI, Gabriel Hernán (dir.), *Derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, ed. La Ley, Bs. As., 2017, T. I

GOZAÍN, Osvaldo A. *Tratado de derecho procesal civil*, ed. Jusbaire, Bs. As., 2020, T. II

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

OSSOLA, Federico Alejandro en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela (Dir.), *Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil*. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016

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

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As.,2012, T. I (séptima edición actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio)

AGOGLIA, María Martha, BORAGINA, Juan Carlos y MEZA, Jorge Alfredo, *La prueba del daño moral*, en *Revista de Derecho de Daños*, 1999-I

GALDOS, Jorge Mario, *La Responsabilidad Civil, Análisis exegetico, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2021, T.II

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

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo. (2018). *La responsabilidad civil en el nuevo Código*. Tomo III. Córdoba, Alveroni Ediciones. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecas-ucc/111710?page=133>.

VILA, Rosa, en HIGHTON, Elena I. y AREAN, Beatriz A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, T. III

DIAZ VILLASUSO, Mariano, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Comentado y concordado. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Advocatus, Cba., 2016, T. II

LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián, *La determinación de la cuantía del daño y la negligencia probatoria*, cita online TR LALEY AR/DOC/1928/2007.

## **8.2.- Jurisprudencia**

CSJN 22/6/1923, "Bernabé Correa v. Mariano R. Barros s/ cobro ejecutivo de pesos" (Fallos 138:157)

CSJN, 8/9/1949, "Kelly Ward de Smyth doña Catalina s/insania" (Fallos 214:533)

Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Penal, 22/03/1984, "Marshall, Daniel A.", publicado en JA 1985-I-214.

CNCiv., Sala J, 29/9/2015, "Velázquez, María c/ Berkley International Seguros S.A. s/daños y perjuicios", La Ley Online, cita AR/JUR/37625/2015.

Cám 5° CCyC de Cba. "Cuello, Christian Marcos c/ Asco, Víctor Hugo – Ordinario – Daños y Perjuicios – Accidentes de tránsito Expte. N° 6108637", 05/06/2020, Sentencia N° 36.

Cámara Federal de Córdoba, 29/12/2020 “Peralta, Marcela Fabiana C/ PREME OSPIF s/ civil y comercial - varios” Expte. N° 11170022/2008/CA1

CSJN. “Mainardi, Ricardo P. v. Alsina Parking S.R.L.”, 10/12/1992, Cita: TR LALEY 1/29632.

## Obligación legal autónoma

por Leandro S. Ríos <sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Introducción. 2.- Concepto. 3.- Origen. 4.- La OLA en el sistema argentino. 5.-Trámite extrajudicial. 5.a. - Gastos Sanatoriales. 5.b.- Gastos de Sepelio. 6.-Instancia judicial-Medida Autosatisfactiva. 7.- Responsabilidad civil. 8.- Jurisprudencia 8.a. - Medidas Autosatisfactivas. 8.b.- Constitucionalidad de los límites fijados por las Resoluciones de Superintendencia de Seguros de la Nación. 9.- Conclusión. 10.- Bibliografía. 10.a. - Doctrina 10.b.- Legislación 10.c.- Jurisprudencia 10.d.- Anexo Formularios (Persona Física/Jurídica) 10.d.1.- Formulario De Reclamo Obligación Legal Autónoma Vehículos Automotores Y/O Remolcados Transporte Público De Pasajeros Persona Física 10.d.2.- Formulario De Reclamo Obligación Legal Autónoma Vehículos Automotores Y/O Remolcados Transporte Publico De Pasajeros Persona Jurídica

**Resumen:** En el presente trabajo se realiza un análisis de los diferentes aspectos de la Obligación Legal Autónoma (OLA) en el sistema jurídico argentino, enfocándose en el seguro obligatorio de responsabilidad civil para vehículos automotores y/o remolcados y, el seguro de responsabilidad civil para transporte público de pasajeros. Teniendo en cuenta los requisitos legales, los procesos de reembolso extrajudicial y las medidas judiciales. Asimismo, se realiza una valoración de la constitucionalidad de los límites que, sobre esta obligación, establece la Superintendencia de Seguros de la Nación. El estudio concluye destacando los aspectos claves y proporcionando formularios de reclamo para facilitar su aplicación práctica.

**Abstract:** This paper conducts an analysis of the various aspects of autonomous legal obligation (OLA) in the Argentinean legal system, focusing on mandatory civil liability insurance for motor vehicles and/or trailers, as well as civil liability insurance for public passenger transport. Taking into account the legal requirements, extrajudicial reimbursement processes, and judicial measures, it also assesses the constitutionality of the

<sup>1</sup> **Abogado (UNC).  
Maestrando en la Maestría  
de Derecho Procesal  
(UES21).  
Adscripto de Derecho  
Privado VII -Derecho de  
Daños- (UNC)**

**Palabras clave:**  
Obligación legal autónoma -  
Seguro de responsabilidad  
civil - Reembolso  
extrajudicial.

**Keywords:**  
Autonomous legal  
obligation - Civil liability  
insurance - Refund  
extrajudicial.

limits imposed on this obligation by the National Insurance Superintendence. The study concludes by highlighting key aspects and providing claim forms to facilitate practical implementation.

### 1.-Introducción

En este trabajo se abordarán aspectos teóricos, jurídicos y prácticos de la Obligación Legal y Autónoma en el que las aseguradoras deben afrontar los gastos por lesiones o muertes, derivados de un accidente de tránsito, sin necesidad de prueba con respecto a la responsabilidad de su asegurado. Abarca a todas las personas que resulten víctimas de un siniestro vial en el territorio nacional.

La obligación legal autónoma plasmada en el art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito desempeña una “función social” del seguro obligatorio como fuente de este deber legal. En virtud de esta, se cubren los siguientes rubros: 1. Gastos sanatoriales. 2. Gastos de sepelio.

### 2.- Concepto

La Obligación Legal Autónoma puede conceptualizarse como: *“el deber impuesto por la ley al asegurador de satisfacer, en la medida del seguro, los gastos médicos o de sepelio soportados por las víctimas de un accidente de tránsito o por sus derechohabientes en el que hubiere participado un vehículo por él asegurado”* (Abbas, 2013, p.1)<sup>2</sup>.

Se ha entendido que este seguro es una obligación, pero en esencia es impuesto por la ley como una exigencia para poder circular con cualquier vehículo automotor (auto, camión, motos, etc.). Se desprende de ello que no se podrá circular con un automotor por la vía pública sin contar con un seguro que cubra la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se ocasionaren a terceros con el vehículo asegurado (Barbato, 2001).<sup>3</sup>

En este sentido, la encontramos regulada en la Ley de Tránsito (Ley N° 24.449) en el art. 68, cuyo objetivo es asegurar la atención, de manera inmediata, de las víctimas de accidentes de tránsito que sufren lesiones corporales y/o muerte. Con este fin, la ley creó la posibilidad de que frente a determinados gastos sanatoriales o de sepelio, el damnificado puede dirigir su reclamo contra la aseguradora del tercero involucrado en el accidente, y esta deberá abonar dichos gastos hasta la suma máxima establecida en el sistema legal, sin necesidad de probar la responsabilidad del asegurado.

### 3.- Origen

Nació a partir del seguro obligatorio por accidentes de tránsito, llamado Seguro Automotor Obligatorio (SAO), que fue introducido por el art. 67 del Decreto Nacional N° 2254/92 que aprobó el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte (Decreto Nacional N° 692/92). La Resolución General N° 21.999/92 estableció en su art. 1<sup>4</sup> los

<sup>2</sup> ABBAS, Ana (2013). *Obligación Legal Autónoma*. La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2972/2013.

<sup>3</sup> BARBATO, Nicolas Héctor (2001). *El seguro obligatorio de automotores establecido por el artículo 68 de la ley de tránsito 24.449 (Virtudes y defectos)*. La Ley Online, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 351 - RCyS2013-II, 289, Cita Online: AR/DOC/16558/2001.

<sup>4</sup> El art. 1 establecía “El seguro obligatorio previsto en el art. 67 del Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte aprobado mediante Decreto N° 2254/92 deberá reunir las siguientes características: a- Cubrir la responsabilidad en que se incurra por el vehículo automotor objeto del seguro, por los daños y con los límites mínimos que se indican a continuación: (...) 3- Gastos de Sanatorio: \$ 1.000 (Mil Pesos). 4- Gastos de Sepelio: \$ 1.000 (Mil Pesos).

alcances de la obligación legal autónoma, que con el transcurso del tiempo han actualizado su alcance.

Con posterioridad, la Ley Nacional De Tránsito N° 24.449 que fue sancionada el 23/12/94, prevé en su artículo 68 quinto párrafo *“Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.”*

Mediante la Resolución N° 271/18 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y sus guías de reclamo por la web -cada aseguradora de los vehículos que hayan tenido un accidente de tránsito que cause un daño personal- en donde se canaliza el reclamo directo desde el espacio virtual a la aseguradora, sea por: el damnificado, los derechos habientes -si hubo muerto-, o por los hospitales públicos nacionales, provinciales y municipales. Esto es realmente una evolución muy importante, por el reconocimiento de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Asimismo, cabe destacar que en caso de que el hospital público quiera accionar el cobro del crédito emergente de la obligación legal autónoma, no resulta aplicable la ley de defensa del consumidor por no revestir el hospital público el carácter de consumidor, ni de consumidor expuesto, no resultando posible la subrogación en esa condición<sup>5</sup>. En ese sentido, los Hospitales y/o Centros de Salud Públicos pueden dirigir su reclamo de la OLA, completando el formulario como persona jurídica, a la aseguradora del vehículo involucrado en el accidente, a fin de recuperar los gastos en los que hayan incurrido en la atención del accidentado.

Es importante tener presente, que si la Resolución N° 271 se dictó en el año 2018, cuatro años antes había un Convenio marco entre la Superintendencia de Seguro de La Nación, la Superintendencia de Servicios de Salud, con el Ministerio Nacional de Salud, como eje vértice punto central del COFESA (Consejo Federal de Salud de la República Argentina) que reúne todos los suministros de salud provincial en las mesas grandes federales, donde se toman decisiones que eran justamente el tratamiento de la OLA y los reclamos. En el año 2018, se dictó la Resolución N°271, la que en el artículo 9<sup>6</sup> notifica al Ministerio de Salud de la Nación, se aprueban las guías Informativas y los formularios pertinentes para reclamar el cobro de la Obligación Legal Autónoma (OLA) emanada del artículo 68<sup>7</sup> de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449.

---

(...) c- Prever que los gastos de sanatorio y de sepelio cuyo pago esté fehacientemente acreditado, serán abonados por la aseguradora al tercero damnificado, a sus derechohabientes o al acreedor subrogante dentro del plazo máximo de tres días contados a partir de la acreditación del derecho al reclamo respectivo, al que no podrá oponérsele ninguna defensa sustentada en la falta de responsabilidad del asegurado respecto del daño. La aseguradora sólo se obligará al pago de las sumas que resulten de una valuación razonable de los servicios en el lugar donde fueron prestados. Los pagos que efectúen dichas entidades por estos conceptos, serán considerados como realizados por un tercero con subrogación en los derechos del acreedor y no importarán asunción de responsabilidad alguna frente al damnificado”

<sup>5</sup> Juzgado Civil y Comercial de Salta - “Hospital de gestión descentralizada San Bernardo c/ Liderar CIA. Argentina de Seguros LTDA. S.A.” (3-may-2016)

<sup>6</sup> Superintendencia de Seguros de la Nación - Resolución 271/2018 - ARTÍCULO 9º.- Notifíquese al Ministerio de Salud de la Nación.

<sup>7</sup> Ley Nacional de Tránsito - ARTICULO 68. — SEGURO OBLIGATORIO.

“...Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.

Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago.

#### 4.- La OLA en el sistema argentino.

En el artículo N° 42 de la Constitución Nacional<sup>8</sup> encontramos regulados algunos derechos y garantías como el derecho a la salud, seguridad e información, entre otros.

Si incluimos estas garantías constitucionales como así también los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales incorporados a la misma (art. 75 inc. 22), entre otros, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12 apart. 1o); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16o apart. 1º inc. 2o y art. 12) que el estado provee con sus recursos, y los de la comunidad que sería efectivizar el pago de la prima, para que su asegurador le brinde una prestación a un tercero con el fin de ser atendido en un hospital. Se infiere que hay una relación entre un contrato de seguro que es privado/comercial y la autoridad de aplicación que provee un apoyo inmediato al lugar del hecho para prestar la asistencia sanitaria. En ese sentido, esta obligación legal autónoma surge de una relación contractual y se va a dar el estándar del consumidor, que tiene el derecho a acceder al reclamo del seguro obligatorio por su función social, que cubre a todas las personas (los terceros ocupantes del/los vehículo/s y/o peatones) que resulten víctimas de un accidente de tránsito en el territorio nacional.

El seguro de vehículos destinados al transporte público de pasajeros también cuenta con la OLA.

Con esta misma idea, Álvarez expresa: *“Al convertirse en una obligación legal, deja de existir en base a un interés exclusivo de los contratantes para convertirse en un contrato en interés de toda la comunidad en el cual está en juego el orden público. Resalta como prioritario la protección de la víctima y la rápida reparación de eventuales daños, evitando así su agravamiento y la posible insolvencia del demandado...”* (Álvarez, 2015, p. 1).

En el artículo 1 del CCyCN<sup>10</sup> se establecen las fuentes y aplicación de los casos que deben ser resueltos según las leyes que resultan aplicables conforme a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. A tal efecto, tendrá en cuenta la finalidad de la norma en consonancia con la circunstancia del caso derivado de un accidente de tránsito y, precisamente los reclamos de daños personales por

---

La reglamentación regulará, una vez en funcionamiento el área pertinente del Registro Nacional de Antecedentes de Tránsito, el sistema de prima variable, que aumentará o disminuirá, según haya el asegurado denunciado o no el accidente, en el año previo de vigencia del seguro.”

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

<sup>9</sup> ALVAREZ, Gabriela Melina. *Obligación Legal Autónoma ¿por qué no se reclama? Seguros al día*. Cita online año 2015, p. 1.

<sup>10</sup> ARTICULO 1º. - Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma.

accidentes de tránsito. El artículo 2 del CCyCN<sup>11</sup> establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta a sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, Tratados sobre Derechos Humanos, principios y valores de modo coherente con todo el ordenamiento.

El artículo 1769<sup>12</sup> del CCyCN establece la responsabilidad objetiva y, por otro lado, el artículo 68<sup>13</sup> (párrafo quinto – Ley de Seguros), establece la obligación inmediata que tiene la aseguradora de abonar los gastos de sanatorio o velatorio, entendiéndolo como un servicio, en lo que hace a la parte de consumidor. Incorporar la palabra servicio es remitirse al artículo 42 CN.

Respecto al termino “gastos sanatoriales”, con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación habría que decir “Gastos de Asistencia Sanitaria” esos gastos que están realizados para un privado que ejerce el comercio –el asegurador, o sea, lo que está señalando el legislador quien lo paga.

Por ello, el art. 68 de la Ley de Tránsito exige un seguro obligatorio *“La contratación del seguro automotor, sea contra terceros o contra todo riesgo, se explica por una simple razón: la peligrosidad que importa la introducción de un vehículo en la vía pública. Es una modalidad de aseguramiento que responde más bien a una necesidad colectiva que ha una individual, de allí su carácter de contrato obligatorio. La elevada frecuencia con que acontecen accidentes de tránsito, causa de muerte y lesiones a las personas y también los daños a cosas, ha motivado que en la legislación de muchos países se implemente el seguro obligatorio de responsabilidad civil por el uso de automotores”*. (Vásquez, 1999, p. 614<sup>14</sup>).

Este mecanismo es realizado a través de una delegación legislativa ejecutada por el Poder Ejecutivo a su ente autárquico, en este caso es la Superintendencia de Seguros de la Nación, la cual ha generado un problema, y así una discusión tanto en doctrina y jurisprudencia, por las facultades que se le ha conferido. La SSN es la autorizada para dictar Resoluciones Generales que reglamenten la norma.

*“La mencionada norma como así también la resolución comentada, han sido fuente de diversas controversias, en el primer caso relativas al alcance de la expresión gastos sanatoriales, qué se incluye dentro de ellos, y en el segundo caso respecto de si tiene atribuciones la superintendencia de seguros para establecer topes a una obligación legal y sobre todo si esos topes pueden o no ser impugnados por inconstitucionalidad”* (Alvarez, 2015, p. 1).<sup>15</sup>

## 5.-Trámite extrajudicial

Los trámites previstos en la Resolución 271/2018 SSN<sup>16</sup>, son de carácter gratuito y la legitimación activa recae sobre la víctima, familiares, personas allegadas o quien

<sup>11</sup> ARTICULO 2°. - Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

<sup>12</sup> ARTICULO 1769.- Accidentes de tránsito. Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos.

<sup>13</sup> Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.

<sup>14</sup> VÁSQUEZ. ADOLFO R. (1999). *Ley de Tránsito y Seguridad Vial Comentada*. 4ta Edición, Buenos Aires: Editorial Ruy Diaz

<sup>15</sup> ALVAREZ, Gabriela Melina. *Obligación Legal Autónoma ¿por qué no se reclama? Seguros al día*. Cita online año 2015, p. 1.

<sup>16</sup> Resolución 271 / 2018 - SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION

pueda subrogarse en sus derechos, según corresponda, tienen un plazo de tres (3) años desde ocurrido el accidente, para solicitar ante la entidad Aseguradora la indemnización correspondiente. Una vez producido el reclamo y presentada la documentación que corresponda (los formularios pertinentes se encuentran anexados en el presente), la entidad Aseguradora tiene un plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles para liquidar y hacer efectivo el pago. En caso de producirse alguna controversia o demora en el pago de la obligación legal autónoma, puede presentarse la correspondiente denuncia ante la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Se cubren los siguientes conceptos:

### **5.a. Gastos Sanatoriales**

Se entiende por Gastos Sanatoriales, los gastos de: atención primaria, internación, instrumental quirúrgico y/u hospitalario, gastos farmacéuticos y cualquier otro gasto que sea necesario para la atención de la víctima.

Para solicitar el reintegro de los Gastos Sanatoriales se debe presentar la siguiente documentación a la aseguradora: 1. Copia de la Denuncia Policial en la que conste la ocurrencia del accidente de tránsito. 2. Copia de Documento Nacional de Identidad de la víctima. 3. Documentación que acredite la calidad de tercero subrogante de los derechos de la víctima (en caso de corresponder). 4. Nota dirigida al presidente de la entidad Aseguradora donde figuren los datos completos de la entidad reclamante (en caso de corresponder). 5. Certificado expedido por el médico tratante. 6. Comprobantes originales de pago de Gastos Sanatoriales que acrediten el costo de los gastos médicos en que se haya incurrido para el tratamiento de la víctima o factura de la entidad reclamante por los gastos incurridos, detallándose en el mismo el material utilizado, prestaciones médicas brindadas, indicando el costo de dichos insumos de acuerdo con el nomenclador utilizado. Mediante Resolución 766/2021, se fija Gastos Sanatoriales por persona hasta Pesos Cien mil (\$ 100.000.-)<sup>17</sup>

### **5.b. Gastos de Sepelio**

El reintegro de los Gastos de Sepelio lo podrá solicitar únicamente la persona que acredite fehacientemente haber realizado dicho gasto. La documentación por presentar frente a la aseguradora para solicitar el reintegro de Gastos de Sepelio son los siguientes: 1. Copia de la Denuncia Policial en la que conste la ocurrencia del accidente de tránsito. 2. D.N.I. del reclamante. 3. Certificado de defunción original o copia certificada del mismo. 4. Comprobante original de los gastos realizados por el sepelio. Mediante Resolución 766/2021, se fija Gastos de Sepelio por persona hasta Pesos Cincuenta y Ocho mil (\$58.000.-).

## **6.- Instancia judicial – Medida Autosatisfactiva**

La procedencia de esta medida no debe ser declarativa de derechos, sino que su finalidad se dirige a destrabar una situación de hecho o fáctica. En efecto, la pretensión del reclamante “debe limitarse a obtener la solución de urgencia”... “sin extenderse a la declaración judicial de derechos conexos o afines”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Superintendencia De Seguros De La Nación - Resolución 766/2021

<sup>18</sup> Conf., PEYRANO, Jorge W. *Medidas Autosatisfactivas*, 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. I, p. 58.

Los requisitos para la interposición son: a) Fuerte probabilidad de la existencia del derecho; b) Urgencia intrínseca o una situación urgente de daño; y c) eventualmente puede llegar a solicitarse una contra cautela.

Ahora bien, tratándose de la denominada “obligación legal autónoma” del art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito, la doctrina explica cuáles son los hechos que deben ser probados -por los medios idóneos- para su procedencia, a saber: *“1. que fue víctima en un accidente, 2. que un vehículo automotor cubierto por un seguro ha tenido participación en el evento dañoso, 3. que a raíz del accidente fue hospitalizado, 4. que debido a la hospitalización por el accidente ha incurrido en gastos, y 5. que la aseguradora no ha cumplido inmediatamente su obligación de afrontar tales gastos”*.<sup>19</sup>

### **7.- Responsabilidad civil.**

El artículo 1758<sup>20</sup> atribuye responsabilidad objetiva al titular registral y guardián del vehículo -quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella-, ambos responden concurrentemente al daño causado (art.1757 CCyCN)<sup>21</sup>. No podemos perder de vista que cuando hay pluralidad de responsables que derivan de causas distintas, se aplican las reglas de obligaciones concurrentes<sup>22</sup> (art. 1751, 850 y ss CCyCN).

Por su parte, el artículo 114 de la Ley de Seguros en el que se hace un juicio de reproche en la conducta del asegurado, no teniendo derecho a ser indemnizado cuando el hecho dañoso se haya provocado por dolo o culpa grave.<sup>23</sup>

En los términos de la Ley de Seguros el guardián no tiene un estándar jurídico preciso, ya que en la norma está allí otro incorporado en la figura. Por ello, a través de la Resolución 766/2021<sup>24</sup>, se añade a la persona que con autorización del asegurado conduzca el vehículo objeto del seguro, obligando a la aseguradora a mantener indemne al asegurado y al conductor debido a la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos.

El seguro obligatorio en los daños personales, cuando se reclamen por accidentes de tránsito sean por muerte, incapacidad total e incapacidad parcial reciben topes, para ello exigen una suma que no fue bien tratado por las Superintendencias de Seguros por 16 años, manteniendo los mismos números y que empiezan a movilizarse a partir del año 2009. Actualmente, la Superintendencia de Seguros de

<sup>19</sup> conf., MONTILLA ZAVALÍA, Félix A., *La vía autosatisfactiva ante el seguro en la Ley Nacional de Tránsito*, LA LEY NOA 2017 (diciembre), 1167; La Ley Online AR/DOC/4318/2014) Expte. N° C-075.049/16: “MEDIDA AUTOSATISFACTIVA: GASPAR, SERGIO GUSTAVO c/ SEGUROS RIVADAVIA” – (30-11-2017).

<sup>20</sup> El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

<sup>21</sup> La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

<sup>22</sup> ARTICULO 850.- Concepto. Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes.

<sup>23</sup> Ley de Seguros N° 17.418 Dolo o culpa grave “Art. 114. El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad.”

<sup>24</sup> Resolución 766/2021 “Cláusula 1.1: Riesgo Cubierto El Asegurador se obliga a mantener indemne al Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del Seguro (en adelante el conductor), por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo, por hechos acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos.”

la Nación, mediante Resolución 766/2021 fijó Gastos Sanatoriales por persona hasta Pesos Cien mil (\$ 100.000.-) y Gastos de Sepelio por persona hasta Pesos Cincuenta y Ocho mil (\$58.000.-).

La importancia de la OLA es la función social, que es la inmediatez de atender la protección del damnificado. Una vez producido el reclamo y presentada la documentación correspondiente -en sede administrativa- la entidad Aseguradora tiene un plazo improrrogable de cinco (5) días hábiles para liquidar y hacer efectivo el pago. Las Aseguradoras no pueden negarse al pago, ni siquiera aludiendo a la falta de responsabilidad de su Asegurado respecto del daño. Los gastos deben ser abonados sin perjuicio de los derechos que la Aseguradora pueda hacer valer luego. Al disponer del artículo 68 hemos incluido la OLA en un seguro de responsabilidad civil, en la medida de los alcances del seguro de responsabilidad civil (art.109 a 120 de la ley de seguro).

En el artículo 67 de la Ley Nacional de Tránsito<sup>25</sup> es claro, establece sistemas de evacuación y auxilio de las autoridades competentes locales y jurisdiccionales eso significa escalonamiento federal hospital nacional, provincial y municipal.

El artículo 68 de la ley 24.449 establece “*Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.*” En este sentido el hospital público que prestó la asistencia, el traslado y el servicio no repite, pero tiene derecho a subrogarse.

En el artículo 1745 del CCyCN<sup>26</sup> establece la presunción *iuris et de iure* que genera un derecho a cobro a quien paga los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. También lo regula el artículo 1746 del CCyCN<sup>27</sup> estableciendo que los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte si son razonables de acuerdo con la lesión da derecho a recuperarlos.

## 8.- Jurisprudencia

Habida cuenta del tratamiento de la OLA interpuesta como medida autosatisfactiva ante los estrados de tribunales argentinos, a continuación, se detallará como se han pronunciado respecto al deber legal que surge del orden público nacional.

<sup>25</sup> La Ley Nacional de Tránsito establece en el art. 67. — SISTEMA DE EVACUACION Y AUXILIO. Las autoridades competentes locales y jurisdiccionales organizarán un sistema de auxilio para emergencias, prestando, requiriendo y coordinando los socorros necesarios mediante la armonización de los medios de comunicación, de transporte y asistenciales.

Centralizarán igualmente el intercambio de datos para la atención de heridos en el lugar del accidente y su forma de traslado hacia los centros médicos.

<sup>26</sup> “Artículo 1745. Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;”

<sup>27</sup> Artículo 1746. Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica

En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

### 8.a. Medida Autosatisfactiva

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy en los autos caratulados "Cautelar autosatisfactiva: r. p. d. y d. g. a. c/ Seguros Bernardino Rivadavia coop. Ltda.", hace lugar a la medida autosatisfactiva solicitada y ordenó a la empresa aseguradora demandada a entregar una suma de dinero para destinar a los gastos de una intervención quirúrgica a la que debe someterse la actora, pues dado la urgencia de la necesidad de la misma, se aplicó lo dispuesto por el art. 68 de la ley de tránsito, sin perjuicio de los derechos que la aseguradora pueda hacer valer posteriormente. En los cuales se ha pronunciado, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia nacional. Las medidas cautelares calificadas de autónomas o autosatisfactivas es la vía procesal más idónea que haga operativa la norma legal que exige, en el supuesto de accidentes de tránsito, que el asegurador pague los gastos senatoriales o de sepelio de inmediato.

La medida autosatisfactiva se trata de un requerimiento "urgente". Constituye una especie - aunque de mayor importancia- del género de los procesos urgentes caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa.

Así, se ha dicho que: *"Ante el reclamo del pago de los gastos sanatoriales o de sepelio a que hace referencia el artículo 68 de la Ley de Tránsito, las aseguradoras no pueden oponer defensas emergentes del propio contrato o relativas al modo en que acaeció el accidente que produjo el daño, ni tampoco alegar que el seguro se hallaba suspendido por falta de pago, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer con posterioridad"*<sup>28</sup>.-

Por otro lado, el Juzgado Civil y Comercial de Salta en los autos caratulados<sup>29</sup> "Hospital de Gestión descentralizada San Bernardo contra Liderar CIA. Argentina de seguros ltda. s.a. por sumarisimo: defensa del consumidor", Expte No 450.555/13. Ante el reclamo del pago de los gastos sanatoriales o de sepelio a que hace referencia el art. 68 de la Ley de Tránsito, resolvió que las aseguradoras no pueden oponer defensas emergentes del propio contrato o relativas al modo en que acaeció el accidente que produjo el daño, ni tampoco alegar que el seguro se hallaba suspendido por falta de pago, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer con posterioridad.

Para la procedencia de la obligación legal autónoma, debe acreditarse: a) la ocurrencia del accidente; b) que el tercero haya sido damnificado; c) que el demandado es una de las compañías aseguradoras de alguno de los vehículos involucrados; y d) los gastos reclamados.

La actora plantea en su alegato la inconstitucionalidad del tope máximo, el Juzgado entiende que el límite resulta razonable, ya que si se hiciese lugar a la procedencia de un reclamo de repetición sin limitación alguna cuando no existe ya la urgencia de una respuesta inmediata -pues el servicio sanatorial ya fue prestado-, podría afectarse gravemente la ecuación "suma asegurada, riesgo y prima" que sirve de base al sistema de seguros, y terminaría en definitiva desvirtuando el principio de solidaridad en el que pretende fundarse la norma.

<sup>28</sup> Cám. Apel.Civ. y Com. de Concepción, in re: "Higgins, Luis Eduardo c/ Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. s/amparo, 19/11/2012, LLNoa, 2013 -marzo-, 220 y -agosto-, 731.

<sup>29</sup> Juzgado Civil y Comercial de Salta - "Hospital de gestión descentralizada San Bernardo c/ Liderar CIA. Argentina de Seguros LTDA. S.A." (3-may-2016)

### **8.b. Constitucionalidad de los límites fijados por las Resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación**

La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto en las voces<sup>30</sup> “Medidas Cautelares - Medida Autosatisfactiva - Intervención Quirúrgica - Gastos Médicos - Aseguradora - Superintendencia De Seguros De La Nación - Gastos” siendo las partes el Sr. Basualdo Alberto D. c/ La Segunda Seguros, se rechaza la medida autosatisfactiva mediante la que se ordenó a la aseguradora demandada sufragar los gastos ocasionados en virtud de la intervención quirúrgica realizada al actor y hace lugar al recurso de la aseguradora dando por satisfecha la obligación legal autónoma hasta el tope de \$ 30.000.

El Sr. Juez de Primera Instancia de Venado Tuerto, mediante la sentencia de fecha 09 de Mayo de 2017, hizo lugar a la medida autosatisfactiva incoada debiendo la parte demandada sufragar los gastos ocasionados en virtud de la intervención quirúrgica realizada al actor Alberto Basualdo en fecha 24.04.2017, conforme los presupuestos acompañados y hasta la suma indicada en la demanda. Declaró la inconstitucionalidad del tope legal establecido por la Resolución 21999 de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Contra dicho decisorio interpuso recurso de apelación el demandado, cuestionando la arbitrariedad de la sentencia sobrepasando la discrecionalidad a partir de la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

El límite de \$ 30.000 no puede calificarse de exiguo. La obligación legal autónoma establecida en el art. 68 de la Ley 24.449, fue concebida como un instrumento de emergencia para solventar gastos médicos urgentes necesarios para la atención de las víctimas de accidentes de tránsito.

En este sentido, la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto<sup>31</sup> analiza la razonabilidad como la constitucionalidad, de la limitación cuantitativa cuestionada.

El Sr. Vocal Dr. Héctor M. López, manifiesta que el derecho a la salud tiene rango Constitucional (art. 42 de la Const. Nacional de 1994) como así también los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales incorporados a la misma (art. 75 inc. 22), entre otros, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12 apart. 1o); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16o apart.1º inc. 2o y art. 12). La Ley de Seguros Nacional ha tomado la expresión "gasto de sanatorio" como comprensiva de otros gastos médicos, los que se han indicado, por cuanto la indemnización prevista, en razón del carácter señalado, comprende un resarcimiento integral; en consecuencia, el derecho del acreedor se debe extender al costo total de la atención médica que el damnificado demanda.

Criterio que corresponde, también, con la interpretación dada a gastos médicos y farmacéuticos que alude el art. 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación; bajo modalidad de interpretación presuntiva en favor de un tercero, que se dispara a partir de un siniestro, siendo la obligación emergente de la norma de corte autonómico,

<sup>30</sup> Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto – “Basualdo Alberto D. c/ La Segunda Seguros | medida autosatisfactiva” (12-mar-2018)

<sup>31</sup> Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral de Venado Tuerto en los autos “BASUALDO, A. D. c/ L.S. COOP DE SEG. LTDA. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA» (Expte. Nro. 158/17)

puesto que si bien, su aplicación necesita de un daño, la fuente obligacional inmediata se encuentra en aquélla norma, que genera un vínculo directo entre el asegurador como obligado al pago y la víctima en su condición de acreedora de los gastos mencionados.

En tal entendimiento los límites fijados por las Resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, irrumpen en el paraguas protectorio consagrado tanto en nuestra Constitución Nacional y Provincial, a más de darse de bruces con la disposición del analizado art.68 de la Ley 24.449, que no impone ni directa ni indirectamente limitación alguna, ni otorga expresa facultad al órgano de contralor ya mencionado para hacerlo y por lo tanto, no resultan razonables, no obstante, claro está, del derecho a recupero y/o de repetición que pueda tener la Aseguradora, a partir de las responsabilidades civiles que, finalmente puedan determinarse en un eventual juicio ordinario sea que como actor pueda iniciar el damnificado, sea que como actor pueda incoar el asegurado respecto del aquí actor, sea el que pueda iniciar la propia aseguradora, tendiente a determinarla.

Por el contrario, el Dr. Juan Ignacio Prola – con el voto a favor del Sr. vocal Dr. Marcelo Molina- expresa su discrepancia respecto a lo mencionado *ut supra*. Sosteniendo que es la ley quien delega las facultades en la autoridad administrativa, por lo tanto no es cierto que la Superintendencia de Seguros de la Nación carezca de facultades para determinar el monto de la obligación legal autónoma.

La medida autosatisfactiva sólo autoriza al actor a pedir lo que la ley expresa y explícitamente le autoriza, y nada más. Todo lo demás excede las posibilidades que presenta esta clase procedimientos, ya que requiere de un debate causal mediante otras vías procesales de conocimiento más amplio que aseguren el contradictorio, la amplitud probatoria, el derecho de defensa y el debido proceso para todos los involucrados.

En este sentido, sostiene a la medida autosatisfactiva como un proceso de creación pretoriana, con características monitorias y casi sin contradictorio ni posibilidad actividad probatoria, no es el lugar idóneo para discutir la constitucionalidad de una norma jurídica, fallar en contra de la letra expresa de la ley, sin pedido de contracautela, cuando, además, el derecho a la vida y a la salud del actor puede ser cautelado por otras vías más idóneas y que no vulneran el derecho de defensa de los involucrados.

La cuestión relativa a los límites de la obligación Legal Autónoma ha quedado zanjada con el fallo de la CSJN<sup>32</sup> «Flores c/ Gimenez» en el que a través del voto del juez Rosenkrantz se estableció que no se había demostrado en el caso que el límite de cobertura fijado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, como autoridad en materia aseguradora, fuese irrazonable para la realización de los fines previstos por la ley 24.449: más precisamente proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito.

## 9.- Conclusión

Por lo expuesto, la Obligación Legal Autónoma de consagración en la Ley De Tránsito N° 24.449, fue proyectada como una herramienta de emergencia para que las aseguradoras afronten los gastos por lesiones o muertes derivados de un accidente

<sup>32</sup> Corte Suprema de la Justicia de la Nación - "Flores,LorenaRominacl Giménez,MarcelinoOsvaldoy otrosi dañosy perjuicios(acc.trán.cl les.omuerte)". (678/2013)

de tránsito, que sean necesarios para la atención de los damnificados que no cuenten con cobertura médica. Debe comprenderse como subsidiario, complementario y de excepción. El instituto jurídico instaurado por la norma mencionada debe interpretarse como en armonía con las leyes Nro. 17.418; 20.091; Resoluciones de Superintendencia; códigos procesales provinciales y el Código Civil y Comercial de la Nación.

## 10.- Bibliografía

### 10.a. Doctrina

ABBAS, Ana (2013). *Obligación Legal Autónoma*. La Ley Online, Cita Online:AR/DOC/2972/2013.

ALVAREZ, Gabriela Melina. *Obligación Legal Autónoma ¿por qué no se reclama? Seguros al día*. Cita online año 2015.

BARBATO, Nicolás Héctor (2001). *El seguro obligatorio de automotores establecido por el artículo 68 de la ley de tránsito 24.449 (Virtudes y defectos)*. La Ley Online, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 351 - RCyS2013-II, 289, Cita Online: AR/DOC/16558/2001.

MONTILLA ZAVALÍA, Félix A., *La vía autosatisfactiva ante el seguro en la Ley Nacional de Tránsito*, LA LEY NOA 2017 (diciembre), 1167; La Ley Online AR/DOC/4318/2014) Expte. N° C-075.049/16: "MEDIDA AUTOSATISFACTIVA: GASPAS, SERGIO GUSTAVO c/ SEGUROS RIVADAVIA" – 30-11-2017.

PEYRANO, Jorge W. *Medidas Autosatisfactivas, 2ª edición ampliada y actualizada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

VÁSQUEZ. ADOLFO R. (1999). *Ley de Tránsito y Seguridad Vial Comentada. 4ta Edición*, Editorial Ruy Diaz, Buenos Aires, 1999.

### 10.b. Legislación

Constitución Nacional Argentina.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley N° 17.418: Ley de Seguros.

Ley N° 24.449: Ley de Tránsito.

Ley N° 24.240: Ley de Defensa del Consumidor.

Resolución N° 39/248: Directrices para la Protección al Consumidor. Organización

de las Naciones Unidas (ONU).

Resolución 271/2018 - Superintendencia de Seguros de la Nación.

Resolución 766/2021 - Superintendencia de Seguros de la Nación.

### 10.c. Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy - "R. P. D. y D. G. A. c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. | cautelar autosatisfactiva" (1-oct-2012).

Juzgado Civil y Comercial de Salta - "Hospital de gestión descentralizada San Bernardo c/ Liderar CIA. Argentina de Seguros LTDA. S.A." (3-may-2016).

Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto - "Basualdo Alberto D. c/ La Segunda Seguros | medida autosatisfactiva" (12-mar-2018).

Corte Suprema de la Justicia de la Nación - "Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otros daños y perjuicios (acc. trán. c/ les o muerte)". (678/2013).

### 10.d.- Anexo I – Formularios (Persona Física/Jurídica)

#### 10.d.1- Formulario De Reclamo Obligación Legal Autónoma Vehículos Automotores Y/O Remolcados Transporte Publico De Pasajeros Persona Física

\* Aseguradora \_\_\_\_\_  
 Póliza N° \_\_\_\_\_ Siniestro N° \_\_\_\_\_  
 1. FECHA DEL SINIESTRO (\*)  
 Fecha \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_ Hora \_\_\_\_\_  
 2. LUGAR DEL SINIESTRO (\*)  
 Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_  
 País \_\_\_\_\_ Calle \_\_\_\_\_ N° \_\_\_\_\_  
 Intersección de / Entre \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_  
 Ruta N° \_\_\_\_\_ km. \_\_\_ nacional \_\_\_\_\_ provincial \_\_\_\_\_ cruce con ruta N° \_\_\_\_\_  
 3. DATOS DEL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO ASEGURADO  
 Nombre y Apellido \_\_\_\_\_ Género F \_\_\_ M \_\_\_  
 Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_  
 Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_  
 Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_  
 4. DATOS DEL TITULAR DE LA POLIZA  
 Nombre y Apellido o Razón Social \_\_\_\_\_  
 Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_  
 Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_  
 Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_  
 En caso de coincidir el Asegurado con el Conductor, no deberá completarse el presente punto.-  
 5. DATOS DEL VEHÍCULO ASEGURADO (\*)  
 Marca \_\_\_\_\_ Modelo (optativo) \_\_\_\_\_  
 Tipo \_\_\_\_\_ Dominio \_\_\_\_\_  
 Para el caso de existir otro vehículo involucrado, se deberán completar nuevamente los puntos 3, 4 y 5.  
 6. DATOS DEL DAMNIFICADO (En caso de Sepelio) (\*)  
 Nombre y Apellido \_\_\_\_\_ Género F \_\_\_ M \_\_\_  
 Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_  
 Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_  
 Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_  
 " \_\_\_\_\_  
 Estado Civil \_\_\_\_\_ Fecha de Nacimiento \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_  
 Relación con el asegurado Conductor otro vehículo \_\_\_\_\_  
 (Marcar con X) Pasajero vehículo asegurado \_\_\_\_\_  
 Pasajero en otro vehículo \_\_\_\_\_  
 Peatón \_\_\_\_\_

**7. DOCUMENTACION ADJUNTA (En caso de Sepelio)**

Se deberá presentar:

1. Copia de la Denuncia Policial en la que conste la ocurrencia del accidente de tránsito.

2. D.N.I. del reclamante.

3. Certificado de defunción original o copia certificada del mismo.

4. Comprobante original de los gastos realizados por el sepelio.

8. DATOS DEL DAMNIFICADO (En caso de Gastos Sanatoriales) (\*)

Nombre y Apellido \_\_\_\_\_ Género F \_\_\_ M \_\_\_

Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_

Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_

Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

Estado civil \_\_\_\_\_ Fecha de Nacimiento \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_

Relación con el asegurado Conductor otro vehículo \_\_\_\_\_

(Marcar con X) Pasajero vehículo asegurado \_\_\_\_\_

Pasajero en otro vehículo \_\_\_\_\_

Peatón \_\_\_\_\_

**9. DOCUMENTACION ADJUNTA (En caso de Gastos Sanatoriales)**

1. Copia de la Denuncia Policial en la que conste la ocurrencia del accidente de tránsito.

2. Copia de Documento Nacional de Identidad de la víctima.

3. Documentación que acredite la calidad de tercero subrogante de los derechos de la víctima (en caso de corresponder).

4. Certificado médico expedido por el médico tratante.

5. Comprobantes originales de pago de gastos sanatoriales que acrediten el costo de los gastos médicos en que se haya incurrido para el tratamiento de la víctima.

10. DATOS DEL DENUNCIANTE (\*)

Nombre y Apellido \_\_\_\_\_ Género F \_\_\_ M \_\_\_ d

Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_

Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_

Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

Vinculo con el damnificado \_\_\_\_\_

11. Los datos y demás referencias que se consignan tienen carácter de declaración jurada

Lugar \_\_\_\_\_ Firma \_\_\_\_\_

Fecha \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_

Hora \_\_\_\_\_ Aclaración \_\_\_\_\_

IMPORTANTE: Llene todos los campos que están marcados como obligatorios. En caso de no contar con los datos requeridos por el presente formulario, se solicita completar con los datos con que se cuente.

\* Datos obligatorios

## 10.d.2.- Formulario De Reclamo Obligación Legal Autónoma vehículos Automotores Y/O Remolcados Transporte Público De Pasajeros Persona Jurídica

\* Aseguradora \_\_\_\_\_

Póliza N° \_\_\_\_\_ Siniestro N° \_\_\_\_\_

1. FECHA DEL SINIESTRO (\*)

Fecha \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_ Hora \_\_\_\_\_

2. LUGAR DEL SINIESTRO (\*)

Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_

País \_\_\_\_\_ Calle \_\_\_\_\_ N° \_\_\_\_\_

Intersección de / Entre \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_

Ruta N° \_\_\_\_\_ km. \_\_\_ nacional \_\_\_ provincial \_\_\_ cruce con ruta N° \_\_\_\_\_

3. DATOS DEL DAMNIFICADO (Paciente) (\*)

Nombre y Apellido \_\_\_\_\_ Género F \_\_\_ M \_\_\_

Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_

Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_

Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

Estado Civil \_\_\_\_\_ Fecha de Nacimiento \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_

Relación con el asegurado Conductor otro vehículo \_\_\_\_\_

(Marcar con X) Pasajero vehículo asegurado \_\_\_\_\_

Pasajero en otro vehículo \_\_\_\_\_

Peatón \_\_\_\_\_

4. DATOS DEL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO ASEGURADO

Nombre y Apellido \_\_\_\_\_ Género F \_\_\_ M \_\_\_

Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_

Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_

Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

**5. DATOS DEL TITULAR DE LA POLIZA**

Nombre y Apellido o Razón Social \_\_\_\_\_

Tipo y N° documento \_\_\_\_\_ Teléfono \_\_\_\_\_

Domicilio \_\_\_\_\_ C.P. \_\_\_\_\_

Localidad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_ País \_\_\_\_\_

En caso de coincidir el Asegurado con el Conductor, no deberá completarse el presente punto.

**6. DATOS DEL VEHÍCULO ASEGURADO (\*)**

Marca \_\_\_\_\_ Modelo (optativo) \_\_\_\_\_

Tipo \_\_\_\_\_ Dominio \_\_\_\_\_

Para el caso de existir otro vehículo involucrado, se deberán completar nuevamente los puntos 3, 4 y 5.

**7. DOCUMENTACION ADJUNTA**

1. Copia de la Denuncia Policial en la que conste la ocurrencia del accidente de tránsito.

2. Copia de Documento Nacional de Identidad de la víctima.

3. Nota dirigida al presidente de la entidad aseguradora donde figuren los datos completos de la entidad reclamante (NOTA DE RECLAMO OBLIGACIÓN LEGAL AUTONOMA).

4. Certificado médico expedido por el médico tratante.

5. Factura de la entidad reclamante por los gastos incurridos, detallándose en la misma material utilizado, prestaciones médicas brindadas, indicando el costo de dichos insumos de acuerdo al Nomenclador utilizado.

8. Los datos y demás referencias que se consignan tienen carácter de declaración jurada

Lugar \_\_\_\_\_ Firma \_\_\_\_\_

Fecha \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_

Hora \_\_\_\_\_ Aclaración \_\_\_\_\_

**IMPORTANTE:** Llene todos los campos que están marcados como obligatorios. En caso de no contar con los datos requeridos por el presente formulario, se solicita completar con los datos con que se cuente. \* Datos obligatorios

**NOTA DE RECLAMO OBLIGACION LEGAL AUTONOMA**

Sr. PRESIDENTE DE

.....

S \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ D

Tengo el agrado de dirigirme a Usted en mi carácter de \_\_\_\_\_

del Hospital/ Centro de salud público \_\_\_\_\_, sito en

\_\_\_\_\_, a fin de realizar formal reclamo por recuperó de gastos

sanatoriales, según lo establecido por el Art. 68 de la Ley 24.449, por los gastos incurridos

en la atención médica brindada al paciente Sr. \_\_\_\_\_,

D.N.I. \_\_\_\_\_, Nacionalidad \_\_\_\_\_, Edad \_\_\_\_\_,

domiciliado en \_\_\_\_\_, quien sufriera un accidente de tránsito con

fecha \_\_\_\_\_ en la calle \_\_\_\_\_,

localidad \_\_\_\_\_, Provincia de \_\_\_\_\_, siendo ingresado a este

nosocomio con fecha \_\_\_\_\_, donde le fue

diagnosticado \_\_\_\_\_

El presente reclamo es iniciado por ante Vuestra entidad, ya que en el

acaecimiento del siniestro mencionado precedentemente intervino el vehículo

marca \_\_\_\_\_, modelo \_\_\_\_\_, dominio \_\_\_\_\_, asegurado por ante

Vuestra entidad según póliza \_\_\_\_\_ (en el caso de contar con los datos de la

misma), y cuya titularidad pertenece al Sr. \_\_\_\_\_, D.N.I.

\_\_\_\_\_ domiciliado en \_\_\_\_\_.

Asimismo se acompaña, certificado médico expedido por el médico tratante y

comprobante de los gastos incurridos, detallándose las erogaciones realizadas por esta entidad hospitalaria en la atención médica brindada al Sr. \_\_\_\_\_.

Cabe destacar que conforme lo dispuesto por el Art. 68 párrafo 5to de la Ley

24.449 el acreedor por los servicios de gastos sanatoriales y/o velatorio puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.

Por todo lo expuesto, se solicita se proceda a dar curso al presente reclamo

por los gastos de atención médica brindada al Sr. \_\_\_\_\_, los cuales ascienden a la suma de pesos

\_\_\_\_\_ (\$ \_\_\_\_\_-), de acuerdo a lo establecido por la Obligación Legal Autónoma.

Sin otro particular lo saludo atentamente.

\_\_\_\_\_

Firma y sello Lugar y Fecha

## Las modernas modalidades de contratación *on line* y las funciones del derecho de daños

por Silvana Alejandra Castagno<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Introducción a la temática abordada en este trabajo. 2.- Servicios de internet. Interés específico en los proveedores de servicios de comercio electrónico. 3.- Funciones del derecho de daños. 3.a.- La función resarcitoria de la Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños. 3.b.- La función preventiva como una de las finalidades del Derecho de Daño. Ajuste terminológico. 4.- La función resarcitoria aplicada a la hipótesis de daños producidos en el marco de la contratación electrónica. 5.- Recepción legislativa del aspecto relacionado con la responsabilidad de las plataformas. Situación actual y futura en la Unión Europa y Argentina. 6.- El avance jurisprudencial de los criterios para determinar la atribución de responsabilidad a las plataformas o sitios de comercio electrónico. Algunos precedentes destacables. 7.- La función preventiva del daño aplicada a la contratación electrónica. La importancia de la innovación tecnológica. La realidad del *e-commerce* y la contratación de consumo. 8.- Las medidas de prevención. Acción preventiva/acción de cesación. El deber de información y la prohibición de la publicidad engañosa. Recepción legislativa y jurisprudencial. 9.- Aplicaciones prácticas del deber de información en la actualidad del *e-commerce*. 10.- Conclusiones. 11.- Bibliografía. 11.a.- Doctrina. 11.b.- Jurisprudencia. 11.c.- Sitios web.

**Resumen:** El presente trabajo analiza algunos puntos de contacto entre las nuevas tendencias de contratación a través de medios tecnológicos, comercio online, y las funciones del Derecho de Daños. Tras efectuar una mención a los proveedores de servicios digitales, se deslinda el objeto de estudio con énfasis en las plataformas que disponen sitios para la contratación en línea entre usuarios. Luego se abordan conceptos centrales relativos a las funciones del Derecho de Daños. Específicamente se reseñan tendencias legales, doctrinarias y jurisprudenciales – en Unión Europea y en Argentina- en torno a la

<sup>1</sup> Abogada y Escribana (UNC).  
Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC).  
Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, Córdoba Capital. Docente Titular Disciplinar de Obligaciones y Bases del Derecho Privado y Docente experta en Daños (UES21) Adscripta Derecho Privado VII -Derecho de Daños- (UNC)

**Palabras Claves:**  
nuevas tendencias de contratación - comercio online - funciones del Derecho de Daños

**Keywords:**  
new contracting trends - online commerce - the functions of Tort Law

responsabilidad de dichos sitios web. Se enfoca la cuestión desde la perspectiva de las medidas que se pueden y deben adoptar en ejercicio de la función preventiva. En pos de la protección de los derechos del usuario, se introduce la necesidad de cumplir con una adecuada, concreta y eficaz información por parte del vendedor y del titular del espacio virtual.

**Abstract:** This paper analyzes some points of contact between the new contracting trends through online commerce and the functions of Tort Law. After mentioning digital service providers, the study focuses on the platforms that provide online sites to contractual partners. Then, this paper addresses the topic of the functions of Tort Law. Specifically, legal, doctrinal and jurisprudential trends are reviewed in connexion to the responsibility of ecommerce web sites, in the European Union and in Argentina. The issue is approached from the perspective of the measures that should be adopted in the exercise of the preventive function. This study suggests that both the seller and the platform should provide adequate, concrete and effective information to protect the user and consumers' rights.

### 1.- Introducción a la temática abordada en este trabajo

El presente trabajo procura ahondar en los puntos de contacto entre las nuevas tendencias en materia de contratación a través de medios tecnológicos, es decir: el comercio *online* y las funciones del Derecho de Daños.

A partir de la innegable incorporación del entorno digital al ámbito de la práctica mercantil, producto del avance tecnológico, la operatoria comercial diaria involucra diversos protagonistas, en diversas posiciones comerciales y jurídicas. Así, nace un nuevo mercado con exponencial crecimiento en relativamente poco tiempo<sup>2</sup>. Hoy, las empresas no pueden prescindir de la informatización que ha transformado el escenario de su actividad<sup>3</sup>.

Si bien en esta materia se advierte una zona de autorregulación, no cabe librar a las normas del mercado o a la mera voluntad de los usuarios la fijación de aquellas pautas que resultan útiles y necesarias para la protección de quienes protagonizan estas relaciones comerciales. Sin desconocer el principio de autonomía de voluntad, se impone la necesidad de contar con reglas universales y uniformes para dar certeza y seguridad jurídica a las transacciones. Como consecuencia de la expansión global del fenómeno, que trasciende las fronteras de los países, se procura la formalización de instrumentos legislativos que sienten estándares y principios de tendencia universal, o bien que constituyan modelos a seguir por los distintos Estados para lograr la armonización de normas atento la dificultad de una unificación plena<sup>4</sup>.

La realidad Argentina en este aspecto se encuentra a la zaga de los logros alcanzados en el orden internacional, de allí la importancia del análisis del ámbito

<sup>2</sup>La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) ha informado que la facturación del comercio electrónico en Argentina creció 47% en 2018. El 90% de los argentinos conectados compró en línea [www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa\\_contratacion\\_electronica\\_y\\_defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_contratacion_electronica_y_defensa_del_consumidor.pdf)

<sup>3</sup>MADRID PARRA, Agustín. *El derecho uniforme de la contratación electrónica*, nota 2, en *Comercio electrónico. Estructura Operativa y jurídica*. ETCHEVERRY, Raúl - ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010, p. 170.

<sup>4</sup>*Ley Modelo sobre comercio electrónico* (1996) de Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) y *Convención de Naciones Unidas sobre Comunicaciones electrónicas* (Res.60/21, NY 2005).

comparado. Especialmente en la Unión Europea se han gestado importantes iniciativas legislativas desde hace unos años y sobre estas bases se continúa trabajando con ahínco para la innovación y la mejora continua.

A través de estas páginas se abordan conceptos centrales relativos a las funciones del Derecho de Daños. Se reseñan tendencias doctrinarias y jurisprudenciales –*en Unión Europea y en Argentina*– en torno a la responsabilidad de dichos sitios web, y el deber de adoptar medidas en ejercicio de la función preventiva, algunas de las cuales serán analizadas específicamente. Nos focalizaremos en el deber de información que recae sobre el vendedor y el titular del espacio virtual con fundamento en la necesidad de brindar protección a los consumidores y usuarios del sistema.

## **2.- Servicios de internet. Interés específico en los proveedores de servicios de comercio electrónico**

Gracias al avance de la tecnología informática y principalmente de la aparición del fenómeno de Internet, encontramos el género “*contratos informáticos*”, donde subyacen obligaciones relacionadas con el tratamiento automatizado de información. Se puede distinguir entre aquellos acuerdos cuyo objeto se trata de bienes o servicios informáticos (contrato de utilización de equipos informático, de programas o software, de mantenimiento de hardware), y los contratos concertados a través del soporte informático<sup>5</sup>. Dentro de esta última categoría, nos interesa analizar las modernas formas de contratación: “*contratación electrónica*” o “*comercio electrónico*” y el rol de la plataforma proveedora y facilitadora del vínculo entre los usuarios.

El comercio electrónico es definido como “*el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos o digitales de comunicación, ya sea por redes abiertas o cerradas, incluyendo texto, sonido e imagen, que se despliega dentro de un sistema global utilizando redes informáticas y muy especialmente internet, el cual permite crear el mercado electrónico virtual sin límites geográficos ni temporales, operando por ordenador y a distancia, de productos de bienes de servicios de tecnologías*”<sup>6</sup>. Son transacciones que se efectúan a través de medios electrónicos de procesamiento de datos (procesan, almacenan y transmiten) que utilizan soportes telemáticos (cable, radio, fibra óptica u otros medios electromagnéticos)<sup>7</sup>.

Se caracteriza por la flexibilidad y dinamismo, celeridad, ahorro de tiempos, comodidad, libertad, anonimato, globalización, extraterritorialidad, accesibilidad, oferta indeterminada, posibilidad de perfeccionamiento instantáneo, desarrollo e innovación continua, predominio de contratos uniformes y de adhesión<sup>8</sup>. A nivel de

<sup>5</sup>LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*, parte especial, T III, Rubinzal-Culzoni, 2021, p. 928. Cita el Código Civil y Comercial argentino: art. 286 habilitación de la expresión escrita en cualquier soporte; art. 288 sobre firma digital; art. 1106 soporte electrónico en contratos de consumo.

<sup>6</sup>SCOTTI, Luciana. *Contratos electrónicos. Un estudio desde el derecho internacional privado argentino* en SILVAN, Lucas La responsabilidad de las plataformas de e-commerce, MJ-DOC-15967-AR.

<sup>7</sup>MONTENEGRO CORREA, Sebastián. *Comercio electrónico y mercados en línea*, Ediar, Bs As, 2022, p. 22. Según la Ley 527 de Colombia es aquel que engloba actividades mercantiles integradas por información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares (EDI, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax).

<sup>8</sup>Se señalan ventajas: eliminación de errores de interpretación por la normalización de los contratos con estándares predeterminados, fijación previa del momento de concreción por sistemas preprogramados e inteligencia artificial,

UE (Unión Europea) hace largos años existe una postura clara en orden a la validez de la contratación por soportes electrónicos (art. 9.1 DCE 2000/31)<sup>9</sup>.

En la actualidad ha adquirido gran relevancia la provisión de servicios digitales. Encontramos empresas que brindan: a) almacenamiento de datos en espacios virtuales o memoria temporal de contenidos (Google Drive, Icloud, Onedrive, Dropbox); b) publicaciones y alojamiento de contenidos de terceros para su acceso o transmisión por redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram; linkedin); c) acceso o conexión a la red y transmisión de contenidos (Arnet, Fibertel, Speedy); d) de búsqueda de contenidos y enlaces de información generada por terceros (Google, Yahooo, Search), e) economía colaborativa donde el interés en los bienes no finca exclusivamente en la propiedad como otrora acontecía, sino en su uso. Resaltamos la aparición de plataformas *on line* que posibilitan la dinámica de relaciones entre usuario destinatario y usuario proveedor de bienes (Booking, Uber, Lyft, Airbnb, BlaBlaCar, Wallapop, Glovo, Coworking, Goteo) y f) *e-commerce* o comercio electrónico y *marketplaces* o vidrieras electrónicas.

Dentro del espectro de proveedores de servicios de internet<sup>10</sup> nos interesan –en esta oportunidad– *“los proveedores de servicios de comercio electrónico”* (vgr. Mercado Libre, OLX, Amazon, eBay, etc) sindicados como aquellos que ponen a disposición, intermedian u operan un ámbito o plataforma para que terceros realicen operaciones comerciales por medios o recursos tecnológicos<sup>11</sup>.

Este grupo de prestadores integra la definición de *“Servicio de la sociedad de la información”* de la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31, art. 2 a) mantenida en Directiva 2015/1535. Se trata de *“todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”*<sup>12</sup>.

Recientemente se ha dictado el nuevo Reglamento de UE relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales, el cual remite a tal definición. Enumera los servicios intermediarios y distingue dentro de la categoría general de servicios de alojamiento de datos, la subcategoría *plataformas en línea*. Se trata de redes sociales o las plataformas que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. Operan como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio; todo ello con los límites del art. 3 inc. i).

Son prestadores de servicio de la sociedad de la información que ejercen una actividad económica de modo estable y por período indeterminado (art. 3 c) DCE 2000/31). En esta línea, la Ley 34/2002 (11 de julio) incorporó al ordenamiento jurídico

fiabilidad e inalterabilidad de los registros probatorios (FERNANDEZ ESCUDERO, Josué *Contrato telemático y comercio electrónico en el Derecho Latinoamericano en Comercio electrónico – Estructura Operativa y jurídica* ETCHEVERRY, Raúl - ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010, p. 397).

<sup>9</sup>Señala que los Estados miembros velarán para que su derecho interno permita la celebración de contratos electrónicos y el régimen legal no entorpezca la utilización real de dichos medios de contratación.

<sup>10</sup>TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico*. LL 29/5/2017 AR/DOC/1437/2017.

<sup>11</sup>PIZARRO, Ramón. *Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico online*, LL 2021-E, 445 AR/DOC/2538/2021.

<sup>12</sup>Si cumple esos requisitos constituye un servicio de la sociedad de la información salvo que forme parte de un servicio global cuyo elemento principal corresponda a otra calificación jurídica (Sentencia 20/12/17 Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15; EU: C: 2017:981, ap. 40, citada por Tribunal de Justicia (Gran Sala) 19/12/2019, C-390/18.

español la Directiva sobre Comercio Electrónico; y resulta específicamente aplicable a los contratos de consumo (art. 95 del Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

### 3.- Funciones del derecho de daños

#### 3.a. La función resarcitoria de la Responsabilidad Civil y el Derecho de Daños.

Como es sabido, tradicionalmente, la Teoría de la Responsabilidad Civil se encontraba estructurada en base a la función resarcitoria. Desde la reacción de venganza en los albores de la civilización, el desarrollo del sistema de responsabilidad ha evolucionado notablemente. Se advierte un cambio de paradigma pues –desde hace unos años– se ha abandonado la mirada puesta en el victimario y en la necesidad de procurar el castigo de su conducta disvaliosa, para revalorizar la posición de la víctima enarcada en el principio *pro dammato*<sup>13</sup> y en la obligación de reparar el “*daño injusto*”.

Este giro en la perspectiva ha dado nacimiento a hipótesis de responsabilidad basada en criterios objetivos (vgr. riesgo, garantía, equidad). El Código Civil y Comercial Argentino recepta ambos criterios de atribución de responsabilidad. Además, frente a una laguna y por la imposibilidad de aplicación analógica al caso de factores objetivos remite a la culpa como criterio residual (art. 1721)<sup>14</sup>.

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor Argentina prevé un sistema de responsabilidad objetivo (basado en la teoría del riesgo creado, el deber de seguridad, garantía legal, equidad) y la solidaridad entre todos los integrantes de la cadena de comercialización por daños derivados del riesgo o vicio de la cosa o prestación del servicio<sup>15</sup>.

Frente a la producción del daño resarcible (consecuencia patrimonial o extrapatrimonial en la esfera de interés de la víctima) surge el deber de reparar por parte del responsable. Por aplicación del principio de reparación integral, se debe colocar al damnificado en una situación igual o de máxima aproximación a la que se encontraba antes del hecho lesivo. La finalidad resarcitoria aspira a lograr una razonable equivalencia jurídica entre el detrimento y su reparación. Empero, en tanto el resarcimiento no borra el acontecimiento, el logro de la plenitud indemnizatoria constituye un anhelo pues en ciertos casos resulta imposible o sumamente dificultoso reponer la situación anterior (menoscabos a intereses personalísimos, a bienes colectivos)<sup>16</sup>.

En materia extracontractual la obligación resarcitoria se origina en el hecho ilícito, mientras que la indemnización de daños y perjuicios constituye –en el ámbito

<sup>13</sup>LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Wolters Kluwer España SA, España, 2020, p. 37 y ss, destaca que el modelo argentino toma postura “*clara y encomiable*” por este principio. Dice el autor que el *favor victimae* aplica al ámbito de la responsabilidad civil el *favor debilis* o defensa del débil; implica transitar hacia un objetivo reparador para la víctima y que ningún daño quede sin reparación.

<sup>14</sup>Consultar *in extenso* la opinión de GALDOS, Jorge y reseña de otras doctrinas en “*La responsabilidad Civil– Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial*”, T I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 637.

<sup>15</sup>Art. 40 “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

<sup>16</sup>ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*, T II, Alveroni, Córdoba, p. 677 y ss.

contractual- uno de los remedios ante el incumplimiento<sup>17</sup>. Recordemos que la reparación podrá efectuarse conforme dos grandes sistemas<sup>18</sup> a elección de la víctima: en forma específica o en especie cuando exista posibilidad material y jurídica de obrar y no resulte excesivamente oneroso o abusivo (obligación de dar cosas que no sean dinero, obligación de hacer u obligación negativa<sup>19</sup>) o bien, a través de la reparación por equivalente dinerario: indemnización pecuniaria.

### **3.b. La función preventiva como una de las finalidades del Derecho de Daño. Ajuste terminológico.**

Según se ha puntualizado, el enfoque tradicional de la responsabilidad civil recaía en el aspecto resarcitorio. Tan es así que el codificador argentino en la redacción original fue contrario a legislar aspectos de índole preventiva por considerar que constituían competencia de la administración del Estado en ejercicio del poder de policía (nota al art. 1132 Código Civil, Vélez, Ley 340).

Tras la producción del hecho generador del menoscabo surge el deber de recomponer o restablecer la situación en que se hallaba la víctima antes de sufrir el detrimento (art. 1740 CCCN<sup>20</sup>). Señalamos que en ciertas circunstancias tal finalidad resulta difícil o imposible de alcanzar (vgr. daños al ambiente). De allí que se enfatiza la necesidad de la prevención, de modo tal que la tutela abarque un espacio temporal anterior a la producción, continuación o agravamiento del/los perjuicio/s.

El deber general de prevención se plasma como una novedad importante. En este sentido se ha destacado 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'<sup>21</sup>.*

Para el acogimiento del paradigma de la prevención ha influido el creciente aumento de los riesgos, el avance de los conocimientos científicos y tecnológicos que exponen al individuo o a la sociedad a potenciales conflictos, el proceso de constitucionalización del Derecho Privado y la tendencia a contemplar el fenómeno de la responsabilidad civil desde el ángulo de la víctima y no del reproche al autor. La persona constituye el eje del sistema jurídico. El ejercicio de la función preventiva

<sup>17</sup>LLAMAS POMBO, Eugenio. *Compraventa y protección de los consumidores*, SAIJ: DACF 150842, 20/11/2015, extracto de *"La Compraventa"*, LL, Madrid, 2014. Destaca que la indemnización no es el único medio del consumidor-acreedor ante el incumplimiento contractual. Enumera otros: requerimiento de cumplimiento forzoso, reparación y sustitución del bien, cumplimiento por equivalente, los sinalagmáticos propios del contrato, el saneamiento alternativo.

<sup>18</sup>Los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil establecen estas formas de reparación en los arts. 10:101 y Art. 10:104. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos en artículo 91, Secc. 2 (BOE, Madrid, 2017).

<sup>19</sup>LLAMAS POMBO, Eugenio en *"Las formas..."*, op. cit. p. 222 las clasifica en: 1) Reparación específica (reposición al estado anterior mediante obligación de hacer o por obligación negativa, restitución o sustitución de cosas, reembolso de gastos) y 2) Indemnización pecuniaria (resarcimiento del daño patrimonial; compensación del daño a la persona).

<sup>20</sup>Según art. 1740 la reparación plena consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. Establece opción por parte de la víctima excepto ciertos casos donde el reintegro específico es imposible, excesivamente oneroso o abusivo.

<sup>21</sup>ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde. *El derecho de daños*, Zeus Córdoba, T 4, 2004, p. 230 y ss.

asegura su mayor protección al tratar de brindar respuestas claras y eficaces. Ello redundará en mayor efectividad del Derecho y la realización de la Justicia conmutativa.

*En Argentina*, la Corte Suprema en "*Santa Coloma*"<sup>22</sup> expresó que el imperativo de no dañar a otros constituye un principio general del derecho y se resume en la fórmula latina *alterum non laedere*, o principio de "no dañar" que deriva del art. 19 de la CN. Su postulado no se circunscribe a la función resarcitoria sino que implica la asunción de conductas concretas para lograr la prevención, con sentido solidario, humanista y económicamente eficiente.

Tras los cambios por Ley 17.711 y previo al nuevo Código sustancial, la función preventiva se consideraba implícita en el ordenamiento en normas aisladas: art. 1071 bis, 2499 y 2500, 2795/2799 CC; 52 LDC; y en el art. 43 de la Constitución Nacional (1994) que otorga acción expedita y rápida de *Amparo* ante la *amenaza de daño*. Actualmente, esta finalidad del Derecho de Daños se ha materializado en una regulación orgánica con eje fundamental en la Carta Magna, arts. 1710 y ss CCCN, preceptos dispersos (art. 1032, 1973, 2242) y en normas específicas (ambiente, consumo, seguridad laboral, propiedad intelectual, competencia desleal)<sup>23</sup>.

Los miembros de la sociedad están compelidos a no dañar, a impedir perjuicios no justificados<sup>24</sup>, adoptar medidas razonables para evitar que los detrimentos se produzcan (amenaza de configuración) o aumente el daño ya producido. Ello resulta exigible a las víctimas como mitigación del perjuicio<sup>25</sup> pues la obligación de evitar el daño recae sobre acreedor y deudor<sup>26</sup>. Pese a algunas imprecisiones y su fórmula abierta, el art. 1710 CCCN<sup>27</sup> exige actuar la prevención frente a circunstancias que ameriten una acción o abstención efectiva. Se dirige a la persona "*en cuanto de ella dependa*" pues no se exige la actuación imposible, heroica, o que sea una imposición desmesurada o excesiva; aunque sí deberá ser ejercida de modo regular (art. 10 CCCN).

Se advierte un ámbito de aplicación específico y de mayor eficacia en la tutela de derechos personalísimos (intimidad, honor, identidad, privacidad e imagen). Puede amparar intereses o derechos colectivos o difusos, y extenderse a repeler una

<sup>22</sup>CSJN "SANTA COLOMA, LUIS F. Y OTROS V. FERROCARRILES ARGENTINOS", 05/08/86, Fallos, 308:1160 JA, 1986-IV-625.

<sup>23</sup>PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T I, Pte. Gral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 815.

<sup>24</sup>ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *Responsabilidad Civil en el nuevo Código*, T I, Alveroni, Córdoba, p. 184. PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit. señalan que el deber de la persona se ciñe a evitar daños causados por sí misma, por quienes debe responder o por cosas de las que es dueña/guardián, pues existe un derecho general de no actuar basado en la libertad (p. 830/1).

<sup>25</sup>Para algunos autores se trata de un deber jurídico autónomo; para otros es una carga cuyo incumplimiento hará precluir el resarcimiento de esas pérdidas (KEMELMAJER DE CARLUCCI. *La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, p. 388).

<sup>26</sup>Sobre la obligación de mitigar el daño por parte de la víctima, PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo *Tratado de Responsabilidad Civil*, op. cit. p. 833 y *Tratado de obligaciones*, T II, Rubinzal-Culzoni, Sta Fe, p. 15.

<sup>27</sup>Art. 1710 "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".

amenaza de lesión patrimonial o extrapatrimonial<sup>28</sup>. Aunque la omisión de evitar el daño puede tener proyección en la faz resarcitoria se trata de dos ámbitos diferentes e independientes. Es dable entablar pretensiones autónomas para el ejercicio de una u otra función<sup>29</sup>.

Ahora bien, hemos advertido que felizmente esta preocupación por evitar o mitigar el daño no es privativa de los ordenamientos que –como Argentina– han incorporado de modo expreso y sistematizado la función. En efecto, si analizamos la *legislación española* concluiremos que –si bien carece de un instrumento genérico de tutela inhibitoria aplicable a situaciones atípicas– sí contempla figuras de prevención típica, tales como: interdictos posesorios frente a obra nueva u ruinosa (art. 250 inc. 5 y 6 LEC), acción real negatoria por daños en relaciones de vecindad (art. 590 CC), medidas de protección contra abuso del derecho (art. 7 CC), protección de propiedad horizontal. También se destaca la prevención del daño al honor, intimidad e imagen (art. 9.2. LO 1/1982)<sup>30</sup> y –como veremos– en el ámbito de los derechos de los consumidores y usuarios.

Luego de la breve exposición de ambas funciones y su contenido, compartimos la postura de quienes señalan que es menester efectuar un ajuste terminológico y acudir al concepto de “*Derecho de Daños*” como una categoría general abarcativa de estas dos facetas que se vinculan y complementan pero que gozan de autonomía conceptual y funcional<sup>31</sup>.

#### **4.- La función resarcitoria aplicada a la hipótesis de daños producidos en el marco de la contratación electrónica**

El tópico sobre la *responsabilidad* de los operadores de las plataformas que proveen sitios virtuales para la contratación por daños sufridos por compradores y por incumplimientos relativos o absolutos, ha generado diversas posturas legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

Cabe aclarar que no se abordarán –en este estudio– supuestos en que la plataforma es contratante pone a la venta productos o servicios propios, en cuyo caso se tratará de responsabilidad directa derivada de su posición contractual. En esta oportunidad *nos centraremos en el rol del sitio cuando opera como “tienda virtual”* y el contrato tiene lugar entre un vendedor y comprador quienes contactan por dicho medio.

<sup>28</sup>Se señala “El Derecho civil siempre ha brindado mecanismos de protección preventiva de la posesión (interdictos), de la propiedad (acción negatoria) y de otros derechos subjetivos de carácter patrimonial. Con mayor motivo habrá de hacerlo en relación con ese “derecho a la indemnidad” que tratamos de proteger mediante el Derecho de daños y que se trata de un derecho subjetivo a menudo implicado con bienes y derechos de la personalidad, elevados casi siempre a la categoría constitucional de derechos fundamentales” (LLAMAS POMBO, Eugenio. Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños en La responsabilidad civil y su problemática actual Moreno Martínez (Coord), Dykinson, Madrid, 2007).

<sup>29</sup>Se destaca “Admitida la necesidad de un instrumento preventivo de los daños dentro del ordenamiento jurídico privado, y rechazada la bondad del (indirecto y amenazante) mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño” (LLAMAS POMBO, Eugenio. “Prevención y reparación...”, op. cit.)

<sup>30</sup>LLAMAS POMBO, Eugenio “*Las formas...*”, op. cit. 112/159. El autor desarrolla otros supuestos de tutela inhibitoria típica: la protección del derecho de propiedad intelectual y de marcas, la protección contra competencia desleal, etc.

<sup>31</sup>PIZARRO, Daniel – VALLESPINOS, Gustavo “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, op.cit., p. 15.

Tampoco se estudiará en esta oportunidad la responsabilidad de los buscadores de Internet<sup>32</sup> ya que excede por su especificidad el contenido del presente trabajo.

### **5.- Recepción legislativa del aspecto relacionado con la responsabilidad de las plataformas. Situación actual y futura en la Unión Europea y Argentina.**

*En Europa*, la recepción legislativa de esta problemática se ha motorizado por la labor de la Unión Europea. A través de Directivas, Resoluciones, Recomendaciones y Comunicaciones ha gestado un marco jurídico en permanente evolución, e incentivado su desarrollo en los países miembros. En algunos casos esas disposiciones resultan plenamente operativas y aplicables sin requerir ratificación, mientras que –en otros– compelen a los Estados miembros a ajustar su derecho interno a lo normado por Directivas que señalan pautas y límites (de máxima y mínima) bajo pena de sancionar el incumplimiento. El fundamento finca en la necesidad de lograr la armonización en materia de derecho privado<sup>33</sup> pues en estos casos la diversidad atenta contra el intercambio y libre circulación de mercancías y servicios<sup>34</sup>. Máxime en el ámbito comunitario donde tal conexión entre sujetos de distintos países resulta usual y permanente. Y –como hemos señalado– en virtud del medio utilizado, ya que se acude a Internet por su carácter generalizado y transfronterizo.

Desde hace más de veinte años, el marco jurídico aplicable a los Servicios de Intermediación de la Sociedad de la Información en la UE es la aludida *Directiva sobre el Comercio electrónico 2000/31* del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual estableció un plazo límite para la adecuación normativa por parte de los Estados miembros.

Esta pieza fue matizada por la *Directiva UE 2019/790* del Parlamento Europeo y del Consejo (17/4/2019) sobre Derechos de autor y derechos afines en el Mercado único digital.

Recientemente, en 2020, se gestó una Propuesta por acuerdo provisorio del Consejo y el Parlamento para modificar las normas<sup>35</sup>. Así surgió el *Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22)* relativo a un Mercado Único de Servicios Digitales y que modifica aquel *Reglamento de Servicios Digitales*. Dicho instrumento reconoce la necesidad de una actualización normativa por la aparición de nuevos e innovadores modelos de servicios y negocios, entre ellos: *las plataformas en línea*. Esta nueva metodología de relaciones comerciales permite contrataciones novedosas y simultáneamente entraña riesgos y desafíos. La importancia del Reglamento finca en su directa aplicación en los Estados miembros y en la tutela al consumidor.

<sup>32</sup>CSJN Argentina en “RODRIGUEZ MARIA BELEN C/GOOGLE Y YAHOO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” 28/10/2014, ED 260-176 encuadró el caso como una responsabilidad subjetiva. Sostuvo la irresponsabilidad de los buscadores que indexan contenidos salvo que una vez notificados de la ilicitud o siendo ella manifiesta, no actúen con diligencia debida para impedir el acceso. En similares términos se expidió en “MAZZA VALERIA RAQUEL C/YAHOO SRL ARGENTINA Y OTRO S/DYP” 24/6/2021.

<sup>33</sup>Reglamento UE 2022/1925 (14/9/22) sobre Mercados Disputables y Equitativos en el Sector Digital: La finalidad del presente Reglamento es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior estableciendo normas armonizadas que garanticen a todas las empresas, en toda la Unión, y la equidad y la disputabilidad de los mercados en el sector digital donde haya guardianes de acceso, en beneficio de los usuarios profesionales y los usuarios finales.

<sup>34</sup>Considerando 2 del Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un Mercado único de servicios digitales.

<sup>35</sup>Bruselas 15/12/2020. La propuesta es coherente con otras regulaciones de la UE: estrategia digital, competencia, protección de datos, DDHH, etc.

El futuro inmediato prevé contar con dicho texto: “Ley de Servicios Digitales” y con el Reglamento UE 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital “Ley de Mercados Digitales”.

Luego de la enumeración de la normativa comunitaria analizaremos sus previsiones sobre responsabilidad de las plataformas. Comenzaremos con la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31 y la Ley 34/2002 de Comercio Electrónico (11 de julio) que es resultado de la adecuación normativa (arts. 13/17).

La DCE 2000/31 establece como regla: “*Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado*”, salvo por medidas excepcionales en casos específicamente previstos (orden, salud y seguridad públicas, y protección a consumidores) y bajo ciertas condiciones (art. 2). A su vez, sentó principios orientativos de interpretación, aplicación y ejecución de los contratos, como por ejemplo: el principio de no autorización previa (art. 4) y la información general mínima exigida e información exigida (arts. 5, 6 y 10).

En los arts. 12 a 15 regula la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Contempla supuestos de mera transmisión, memoria tampón (caching) y almacenamiento de datos. El régimen fija una eximición amplia para los servicios de mera transmisión de datos, salvo que haya originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a sus destinatarios.

Dentro de sus principales previsiones podemos destacar el establecimiento de un régimen uniforme de exención denominado *safe harbour* o *puerto seguro* aplicable a todo tipo de infracciones (civil, pena, administrativa). Su aplicación en el caso concreto se encuentra condicionada a que: *a) el prestador no tenga conocimiento efectivo* que la actividad o información es ilícita; y referido a una acción por daños y perjuicios, de hechos o circunstancias que revele su carácter ilícito; o *b) si tiene conocimiento de estos puntos, actúe con prontitud* para retirar los datos o inhabilitar el acceso del contenido ilícito (art. 14). Se aclara que no existe un deber general de supervisión de datos (art. 15 y Considerando 47). Para la aplicación de la exención la actividad debe ser de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva. El prestador no debe tener conocimiento ni control de la información ilícita (Cons. 42).

Posteriormente, la Directiva UE 2019/790 sobre Derechos de autor y derechos afines implicó un avance al exigir a ciertas plataformas obtener autorización de los titulares de los derechos para considerar su actuación como lícita (art. 17.1)<sup>36</sup> Serán responsables por los actos no autorizados de comunicación al público a menos que demuestren diligencia en obtener la autorización, en garantizar la indisponibilidad de las obras y que han actuado expeditamente ante una comunicación concreta.

Por su parte, el Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un Mercado Único de Servicios digitales señala que se complementa con otros actos de Derecho de la UE. Destaca que la DCE 2000/31 ha favorecido la generación de servicios novedosos y ha brindado seguridad jurídica, por lo cual la incorpora y precisa sus elementos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Su objetivo finca en “*garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza*”. Se prevén obligaciones de

<sup>36</sup>GEMMA MINERO, Alexandre. *Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro*, Revista CESCO Derecho de Consumo 37/2021, ISSN 2254-2582. Se cambian las exigencias a prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

diligencia adicional para plataformas de gran tamaño (+ de 45 millones de usuarios activos mensuales).

Aclara que sólo se deben determinar las exenciones, las que no se aplican cuando *“...el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella”*. No se considerará prestación “neutra” cuando el prestador de servicios intermediarios colabore deliberadamente con un destinatario para llevar a cabo actividades ilícitas. De modo que mantiene la exención de responsabilidad sólo para los meros intermediarios que asumen un rol pasivo y no ejercen ningún control sobre el negocio subyacente. Aquí se advierte la influencia de la decisión del Tribunal de UE que referenciamos *infra*.

Resulta muy valiosa la ejemplificación de casos en que no podrá aplicarse la exención porque implican ejercicio de “control” por parte del intermediario. Estos supuestos serán: a) cuando *“el prestador de una plataforma en línea que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes determine el precio de los productos o servicios ofertados por el comerciante”*; b) cuando *“presenten la información pertinente relativa a las transacciones en cuestión de manera que induzca a los consumidores a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control...tienen por tanto conocimiento de la información o control sobre ella, aunque puede que en realidad no sea así”*. Otras posibles injerencias son el ofrecimiento de sistema de publicidad preferente y la optimización en las entregas. Como se ve, se da preponderancia a la información clara, veraz y completa para salvaguardar la confianza y transparencia, basados en principios de apariencia y buena fe.

Además, en caso de almacenamiento de datos, para acogerse a la exención se exige *“en el momento en que tenga conocimiento efectivo o consciencia de actividades o contenidos ilícitos, actuar de manera diligente para retirar dichos contenidos o bloquear el acceso a ellos”*. Son vías de conocimiento posible las investigaciones realizadas por iniciativa propia o notificaciones recibidas de personas físicas o entidades y de autoridades judiciales o administrativas. Se reclama la ejecución de un esfuerzo de filtrado del contenido ilícito, trazabilidad de contenidos, que se consideren los estándares sobre proveedores y el deber de recopilar y mostrar información sobre productos y servicios.

La Directiva 2019/2161 de Mejora de la Aplicación y la Modernización de las normas de Protección de los Consumidores requiere una información clara y comprensible respecto a cómo se reparten las obligaciones del contrato entre el tercero oferente y el proveedor del sitio<sup>37</sup>. Si bien este precepto implica un avance, cabe preguntarnos si una cláusula que establezca limitación o exoneración de responsabilidad de la plataforma (a la cual se presta consentimiento por *“click agreement”*) resultaría válida, lo cual exigirá valorar cada caso en particular.

Estas previsiones antes señaladas resultan válidas para los tres tipos de vinculaciones que se pueden generar con intermediación de la plataforma: a) relación entre profesionales (oferente y destinatario del bien o servicio son

<sup>37</sup>Considerando 27 “El proveedor del mercado en línea podría indicar que el tercero comerciante es el único responsable de garantizar los derechos de los consumidores, o describir sus responsabilidades específicas cuando asuma la responsabilidad relativa a determinados aspectos del contrato, por ejemplo, la entrega o el ejercicio del derecho de desistimiento”.

profesionales B2B)<sup>38</sup>; b) relación entre un profesional y un consumidor (B2C); c) relación entre particulares. En este último tipo surgen casos de “economía colaborativa” (P2P; C2C). Por lo general, se vinculan con el uso de bienes y servicios, con o sin fines de lucro; por ejemplo los relacionados con movilidad (Uber, BlaBlaCar, Amovens, Teranga Go!); habitabilidad (Airbnb, HomeAway); microtarefas (Glovo, Chefly, Muthielpers); finanzas (Goteo) o turismo, etc.

Para estos supuestos, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo y Comité “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” (2/6/2016) señala que para establecer responsabilidad de la plataforma digital se deberá analizar al rol que asume en cada caso concreto. Si solo intermedian y prestan el “servicio electrónico” pero no intervienen en el negocio subyacente, no es dable atribuirles responsabilidad por el contrato gestado en el sitio. No se considera que prestan servicio subyacente si sólo brindan servicios auxiliares que no implican el ejercicio de control o influencia (comentarios, encuestas, mecanismos de resolución de conflictos). Posteriormente se ha dictado la Resolución del Parlamento del 15/6/2017.

En Mercosur la Resolución 21/2004 sobre el Derecho a la Información del consumidor en las transacciones comerciales por Internet (incorporada al derecho argentino por Res. 104/2005) y Resolución 37/2019 de Protección al Consumidor en el comercio electrónico (Res. Interna 270/2020) tutelan el derecho a la información, prevén medios técnicos para identificar y corregir errores de datos y una regla especial para el consentimiento.

Lamentablemente, Argentina no posee un cuerpo normativo orgánico y específico que brinde un marco legal completo respecto del fenómeno de la contratación electrónica.

Si bien han existido propuestas y actividad legisferante<sup>39</sup> –hasta el momento– sólo se ha dictado la Ley 25.506 sobre firma y documentos digitales y electrónicos; antecedente y puntapié inicial muy importante pero que no abarca toda la problemática del *e-commerce*. Del mismo –en su oportunidad– se legisló la ley 25.326 Protección de Datos Personales.

Pese a los indiscutibles datos estadísticos sobre la relevancia, volumen y expansión de las transacciones que aporta la Cámara Argentina de Comercio Electrónico<sup>40</sup> no contamos con reglamentación de la eventual responsabilidad de los sitios que proveen la plataforma de interacción *online* para las contrataciones comerciales.

<sup>38</sup>MONTERO CORREA, SEBASTIAN “Comercio Electrónico...”, op.cit. p.44 cita una subcategoría B2G: empresa-Estado.

<sup>39</sup>Algunas iniciativas legislativas: Anteproyecto de Ley del formato digital de los actos y comercio electrónico (Terragno); Proyecto del régimen legal del comercio (Vanossi) basado en la Ley Modelo Uniforme de la UNCITRAL. Según noticia del 31/10/2006 el Proyecto de ley en Senado Argentino publicitado señala que ha seguido antecedentes internacionales: DCE 2000/31, Ley 34 de España y Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (CNUDMI) <https://www.diariojudicial.com/nota/53990>. FARINELLA, Favio “La proyectada ley argentina que regula el comercio electrónico” alude al Proyecto EXP. 2288-D-2006, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Id SAIJ: DACF060054; Proyecto “Regulación de Venta Minorista mediante comercio electrónico”, EXP. 0291-D-2022 <https://dequesetrata.com.ar/proyecto/camara-de-diputados/0291-D-2022-49474>; Proyecto Ley sobre plataforma de compras nacionales en línea, EXP 677-20 (2020) <https://dequesetrata.com.ar/proyecto/senado-ar/677-20-30224>. El art. 73 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) regula la responsabilidad de los portales de venta o subasta *online*, los cuales responderán salvo que demuestren una intervención meramente pasiva y que así fue informado al consumidor.

<sup>40</sup>[www.cace.org.ar](http://www.cace.org.ar).

Por tal razón, la jurisprudencia ha acudido a la aplicación del derecho sustancial plasmado en la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial<sup>41</sup> (contratos celebrados a distancia: arts. 1105 y 1108) y Ley de Protección de los Derechos de consumidores y usuarios (L.24.240 y mods). Algunos precedentes han citado el Derecho comparado lo cual justifica el estudio de la problemática y cómo se aborda en otras latitudes.

#### **6.- El avance jurisprudencial de los criterios para determinar la atribución de responsabilidad a las plataformas o sitios de comercio electrónico. Algunos precedentes destacables.**

*En Unión Europea* resulta emblemático el fallo del Tribunal de Justicia en “*L’Oreal, 2011*”<sup>42</sup> pues sus consideraciones han sido replicadas por diversos tribunales a nivel mundial.

Puntualmente, el precedente trató de un reclamo resarcitorio por el uso indebido de marcas de la actora y sus firmas subsidiarias por ventas efectuadas sin su consentimiento. El Tribunal –al fundar su resolución– se basó en la DCE 2000/31 acudiendo a la hipótesis de *hosting* o mero almacenamiento de información aportada por los usuarios. Luego de establecer los requisitos para la configuración de una infracción a la ley de marcas, señaló que el *marketplace se eximirá de responsabilidad en tanto obre con diligencia económica* respecto de la información almacenada. No podrá acogerse a la exención cuando no haya actuado con diligencia para constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta y no haya actuado con prontitud (art. 14, 1b). Así refiere a un “*operador económico diligente*”.

Se exige neutralidad, es decir: ausencia de control del negocio; no tener participación en la creación o distribución de los contenidos. Destaca que la plataforma puede abandonar la neutralidad hacia un rol activo, en cuyo caso no se aplicará la eximición de responsabilidad. Considera que el operador del mercado electrónico asume un rol activo cuando presta una asistencia consistente en optimizar la presentación de las ofertas de venta o en promover tales ofertas.

*En Argentina*, la ausencia de normativa específica ha generado criterios jurisprudenciales que oscilan entre quienes sostienen la eximición de construcción y aquellos que pugnan por la atribución de responsabilidad, siendo ésta última una tendencia que avanza. También aquí se considera el rol que asumen los proveedores de la plataforma o el marketplace en determinada operatoria negocial, *ora* un papel pasivo *ora* como agente activo.

Frente a una mera intermediación en la oferta de venta, sólo alojamiento de datos o comportamiento como *hosting* que proporciona un sitio para la transacción se determinó eximición de responsabilidad. La Cámara Nacional Comercial, Sala D en “*Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL s/ordinario*” (22/03/2018)<sup>43</sup> al resolver un

<sup>41</sup>Las contrataciones online se encuadran en el art. 1105 “Contratos celebrados a distancia. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”; y en art. 1108: “Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación”.

<sup>42</sup>TJUE “L’Oreal v. eBay Internacional AG” 12/7/2011 C- 324/09.

<sup>43</sup>LL AR/JUR/1780/2018.

reclamo por falta de entrega de un vehículo adquirido a través de la web señaló que se configura la exención de responsabilidad del operador del mercado electrónico cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados; ha sido un mero canal limitándose a proporcionar un foro para la transacción entre comprador-vendedor. Cita la referida DCE 2000/31 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (“*L’Oreal*”). En este orden se sostuvo que “*el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicios, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31/CE*”.

En autos “*Besler Dario Rubén c/Mercado Libre SRL s/sumarísimo*” (27/5/2019) la Cámara Apelaciones Sala B de *Comodoro Rivadavia*<sup>44</sup> resolvió confirmar el rechazo de un reclamo por la frustración de un contrato debido a una oferta falsa publicada en el sitio web. El Tribunal consideró –*obiter dicta*– que el operador solo almacenó en su servidor ofertas de venta publicadas por terceros, quienes con libertad y gratuitamente determinan el texto, precios y números de contacto. Citó la Directiva de la Unión Europea antes referenciada, DCE 2000/31, y algunos fundamentos del caso “*Kosten*”. Agregó que no se demostró una intervención activa capaz de generar responsabilidad. Por otro lado, valoró negativamente la conducta del actor al haber pretendido adquirir un auto de alta gama a un precio muy inferior al de mercado y realizado una transferencia a un tercero desconocido domiciliado en otro país.

Contrariamente, en otros precedentes se destacó la existencia de un entramado comercial complejo de contratos conexos. En esta línea, se decidió la responsabilidad de los intermediarios en las compraventas por internet tras advertir: actuación necesaria para favorecer la concertación, percepción de contraprestación, aporte de medios de pago y garantías. La Cámara Nacional Civil, Sala K en autos “*Claps Enrique Martin y otro c/Mercado Libre SA s/daños y perjuicios*” (05/10/2012)<sup>45</sup> estimó que el sitio es proveedor e integra la cadena comercial pues cobra comisiones a los usuarios y crea una apariencia para atraer la confianza de los clientes. Encuadró el caso en el supuesto de responsabilidad objetiva y solidaria por riesgo o beneficio económico empresario, derivada del daño producido por el vicio o riesgo del bien o servicio.

Existen otros fallos que adoptaron posturas divergentes. Así, la Cámara Civil y Comercial Sala III de Jujuy (15/9/2016) en “*Acción Emergente de la ley de Consumidor: Ferreiro Pablo Alberto c/ Mercado Libre SRL*” C-031.375/14 entendió que la demandada incurrió en negligencia al efectuar el pago a través de su rama financiera, sin asegurarse previamente que la compradora hubiera recibido el producto y conociendo que fue enviado a otro lugar. Descalificó la forma en que procedió frente al conflicto y aditó que tolerar el “fuera de juego” pretendido rayaría con una deliberada aniquilación de la confianza y la buena fe. Con cita del art. 40 LDC abre otro eje de discusión sobre la aplicabilidad del dispositivo al incumplimiento

<sup>44</sup>LL AR/JUR/28824/2019.

<sup>45</sup>LL AR/JUR/55788/2012. Se reclamó por los daños derivados de la compra *online* de entradas para un recital, pues los consumidores fueron detenidos al intentar ingresar al espectáculo con esos tickets que tenían denuncia de sustracción.

contractual; es decir, más allá de daños por vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio<sup>46</sup>.

La Cámara Comercial Sala C en "*Pergierycht Damian c/OLX SA S/Ordinario*" N° 8642/2016 (30/08/2021) hizo lugar a la demanda de reparación de daños y perjuicios padecidos por la compra de un teléfono celular ofertado en la plataforma demandada. Conforme los hechos narrados, tras acceder a la oferta a través del sitio y concertar cita para la entrega, en oportunidad del encuentro con el vendedor, el actor fue víctima de un episodio de violencia con un arma. La Alzada consideró la existencia de relación de consumo y a OLX como proveedor profesional. Agregó que la compañía infringió la obligación de proteger la salud y seguridad del actor (art. 42 CN y normas inferiores) pues se hallaba obligada a constatar que el oferente existía y cuál era su identidad. Aclaró que no asume responsabilidad por la frustración del contrato sino que debió controlar la identificación de usuarios pues la plataforma conecta personas y habilita relaciones en un escenario riesgoso. Enmarcó la responsabilidad en el ámbito subjetivo por omisión de actuación con diligencia. Reprochó el incumplimiento del deber de prevenir el daño y evitar peligros para la salud e integridad de los usuarios (art. 5 LDC).

En la Provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia emitió pronunciamiento en autos "*Mercado Libre c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad comercial s/rec.apel.c.decisiones autoridad adm.*" N° 2715652/36 (19/5/2020). Se trató el recurso deducido por Mercado Libre contra una decisión del organismo administrativo por la cual se aplicó una multa al operador de la plataforma. Conforme los hechos, una consumidora había denunciado irregularidades en la compra de un par de zapatillas a través del sitio web (recibió un artículo diferente al ofertado: era usado y se encontraba en una caja de una marca diversa). La autoridad consideró violado el deber de información (art. 4 LDC) sobre el carácter de cosas nuevas o usadas (art. 9), la garantía legal (arts. 11 y 13) y el derecho de revocación de la aceptación en ventas a distancia (art. 34).

El fallo aclaró que no se juzga un caso de responsabilidad por daños sino la correcta imposición de la sanción administrativa<sup>47</sup>. No obstante, consideró que el organizador del sitio de comercio electrónico es "proveedor" en los términos del art. 2 Ley 24.240 y que el consumidor goza de los derechos reconocidos en tal legislación y en el Cód. Civ. y Com. Su servicio consiste en facilitar un sitio virtual para que interactúen vendedores y consumidores, percibiendo un beneficio por la venta y comisión por publicidad. Entendió que la denunciada asumió un rol activo y determinante para la existencia y perfeccionamiento del contrato. Subrayó la imposición de condiciones para la participación, el control sobre las publicaciones y la provisión de prestaciones adicionales (reputación de usuarios, plataformas de pago, sistema de envíos propios y de reclamos) para generar confianza y atraer más clientes. Sostuvo que se

<sup>46</sup>El art.40 ha generado divergencias interpretativas en doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aplicación o no cuando el daño es consecuencia del incumplimiento del contrato, en cuyo caso operan los arts. 10 bis, 11 y ss LDC.

Es interesante destacar que la extensión de responsabilidad a toda la cadena de producción y la solidaridad no está prevista en la legislación española actual que circunscribe la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos al productor que fabrique o importe (art. 135 TLGDC).

<sup>47</sup>TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico* cita CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II LL 2005-E,436. Señala que la procedencia de la sanción no requiere configuración de resultado dañoso pues basta la infracción a la normativa expresa.

incumplió el deber de información en cuanto al detalle del producto y a las alternativas legales con que contaba la usuaria para defender sus derechos. Como advertimos no existen criterios uniformes de resolución aunque la tendencia avanza hacia la imposición de mayores exigencias a las plataformas en función de la trascendencia del lugar que ocupan para la contratación moderna, y en virtud de la influencia, control y beneficios que ejercen en ciertas ocasiones respecto del negocio subyacente.

**7.- La función preventiva del daño aplicada a la contratación electrónica. La importancia de la innovación tecnológica. La realidad del *e-commerce* y la contratación de consumo.**

Como se ha señalado, el avance tecnológico impregna con enorme influencia la vida de los sujetos<sup>48</sup>. Aparece como una realidad notoria que genera situaciones, relaciones y conflictos disímiles de los que habitualmente regula el Derecho como ordenador de la vida social. Todo ello se ha agravado por la rapidez de estos cambios. La evolución tecnológica ha tenido un impacto decisivo en el ámbito social, cultural y económico a nivel mundial<sup>49</sup> y se ha acrecentado a partir de pandemia Covid 19 que exigió adaptaciones inmediatas y soluciones superadoras.

Por tal razón, estimamos que resulta insoslayable enfocar la cuestión desde *la prevención del daño*. En efecto, el aumento del comercio *online* reclama establecer y perfeccionar diversos mecanismos para evitar o mitigar daños. La aparición de los riesgos que conlleva tal exorbitante y ágil evolución tecnológica suscita interés y preocupación en los juristas.

Empero, se impone la búsqueda de un justo equilibrio a la hora de aconsejar o predisponer esas medidas tendientes a evitar peligros de producción/agravamiento de daños. Se deben restringir los riesgos sin que la intervención implique un cercenamiento de la actividad novedosa. No puede significar un valladar al progreso y beneficios derivados de los medios de innovación, sino que resulta aconsejable el diseño de mecanismos institucionales para evitar males sin afectar los efectos virtuosos de la tecnología<sup>50</sup>.

De allí que en este ámbito se denota con mayor énfasis la importancia del estándar de "*menor restricción posible y de medio más idóneo*" para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad preventiva<sup>51</sup>. La aspiración es aportar medidas más eficaces que a veces exceden las habilidades tradicionales del jurista y reclaman el auxilio colaborativo de profesionales de otras ciencias: economistas, ingenieros informáticos, especialistas en marketing y neurociencias, pues la contratación mediando tecnología se trata de un fenómeno complejo que entrelaza un gran número de vínculos.

<sup>48</sup>El Reglamento UE 2022/2065 relativo al Mercado único de Servicios Digitales destaca "los servicios de la sociedad de la información y especialmente los servicios de intermediación se han convertido en una parte importante de la economía de la Unión y de la vida cotidiana de sus ciudadanos" (Cons. 1).

<sup>49</sup>FALIERO, Johanna-BAROCELLI, Sebastián. *La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet*, LL 04/4/2017.

<sup>50</sup>ACCIARRI, Hugo. *Smart contracts, criptomonedas y el Derecho*, LL 2019-B, 1082, AR/DOC/1017/2019.

<sup>51</sup>Estos estándares surgen recogidos por el art. 1713 CCCN: "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".

La inquietud se suscita –sobretudo– porque la mayoría de estas negociaciones que tienen lugar en el ámbito virtual constituyen contratos de consumo.

Esta realidad reclama proteger los llamados derechos fundamentales de cuarta generación, entre los que destacan los derechos de los consumidores y usuarios, especialmente en el entorno digital. Aparecen temáticas relacionadas con la formación del consentimiento, la protección de datos, la posibilidad de arrepentimiento, los incumplimientos contractuales y sus consecuencias, los casos de fraude e inseguridad digital, los daños por productos defectuosos. Todo ello dentro del vasto espectro de las relaciones complejas que trae aparejado el uso de la innovación tecnológica.

Se advierte que la superioridad técnica y económica se puede presentar no solo en el proveedor del bien y/o servicio, sino que existe en el operador de la plataforma. Esa distinta posición de los contratantes se vislumbra al efectuar la comparación con el usuario adquirente o destinatario de tal bien o servicio, en ocasiones vulnerable o hipervulnerable<sup>52</sup>.

El desequilibrio de poder justifica los criterios expuestos sobre la responsabilidad y aconseja proveer mecanismos idóneos y adecuados para evitar la producción, continuidad o agravamiento de los daños. En esta línea, se impone un deber agravado *de información cierta, concreta, detallada, clara y específica durante todo el iter contractual desde las tratativas previas hasta la etapa post contractual*; y actuación diligente ante conocimiento de ilicitud. Se reclaman acciones concretas. A modo ejemplificativo se ha concluido que en el supuesto que la plataforma remueva una descripción errónea del producto mejoraría la información al usuario y mantendría la exención de puerto seguro prevista por las normas comunitarias<sup>53</sup>. De tal modo, entendemos que el tópico pone en juego y entrelaza ambas funciones del Derecho de Daños.

## **8.- Las medidas de prevención. Acción preventiva/acción de cesación. El deber de información y la prohibición de la publicidad engañosa. Recepción legislativa y jurisprudencial.**

Como se ha sostenido líneas atrás, la consolidación y constatación del dinamismo del mercado digital ha generado la necesidad de avanzar en *pro* de la prevención. Se señala que *“la representación inicial, que sustentaba el desarrollo de la industria gracias a reconocer el papel neutral de los intermediarios, ha dado paso, una vez consolidada esa industria a un nuevo régimen de imputación de responsabilidad que exige a las empresas intervenir preventivamente para impedir el ilícito”*<sup>54</sup>.

*En Argentina, la tutela inhibitoria sustancial* se puede lograr a través del ejercicio de acciones preventivas (art. 1712 CCCN) que podrá deducir quien invoque un interés razonable, a través de un juicio declarativo y autónomo del eventual reclamo resarcitorio pues transitan por carriles independientes<sup>55</sup>. Se procurará obtener una

<sup>52</sup>La vulnerabilidad de los consumidores se agrava en contexto digital por la distancia económica y cognoscitiva que se profundiza en el mundo virtual (CNCiv. Sala K “Claps”).

<sup>53</sup>GEMMA MINERO, Alexandre, op.cit.

<sup>54</sup>ARROYO AMAYUELAS, Esther. *La Responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro?* <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>.

<sup>55</sup>Aquí se advierte con claridad la independencia de ambas funciones del Derecho de Daños. El TSJ de Córdoba comparte la posición sostenida a nivel nacional al señalar que la función preventiva “... es autónoma de la resarcitoria y no condicionada a la procedencia de ésta ni al ejercicio de una pretensión adicional de condena por los perjuicios ya inferidos” (FLORES MARIA ALEJANDRA Y OTRO C/ PROVINCIA DE CORDOBA Y

resolución jurisdiccional que disponga, de modo provisorio o definitivo, con criterios de razonabilidad y proporción, ciertas obligaciones de dar, hacer o no hacer tendientes a evitar, mitigar o disminuir la producción de daños. A su vez, la posibilidad de actuación oficiosa se funda en que el juez tiene plenos poderes implícitos para salvaguardar la correcta administración de Justicia.

Destacamos la posibilidad de su utilización con motivo de relaciones gestadas en el comercio electrónico. Máxime si tal modalidad involucra una relación de consumo pues para resguardo de los derechos del consumidor se deberán brindar procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos<sup>56</sup>.

*En España, la Ley 34/2002 prevé una acción colectiva de cesación de conductas que vulneren intereses colectivos o difusos de los consumidores según art. 11 de la LEC. Procura el cese o prohibición de la reiteración de la actividad para evitar la continuidad o repetición del daño (art. 30)<sup>57</sup>. La iniciativa de implementación de las acciones de cesación se originó en el ámbito comunitario con la Directiva 98/27 y actualmente encuentra regulación en el los arts. 53/56 TRLGDC<sup>58</sup>.*

Específicamente para el contexto digital, hallamos referencias a medidas preventivas concretas. Así, la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor y afines reitera que no existe un deber general de supervisión que podría vulnerar la libertad de expresión, aunque sí señala que el sitio deberá recabar autorización de uso de los titulares de derechos de propiedad intelectual (art. 17). Ello configura una clara actuación de prevención.

El Reglamento UE 2022/2065 del 19/10/22 relativo a un Mercado Único de Servicios digitales menciona la exigencia de una “diligencia debida” en la actuación de las plataformas para el conocimiento de la ilicitud que puede derivar de su propia investigación o de otros medios. Ello implica una labor preventiva y –a la vez- resulta un condicionante para la invocación de eximición de responsabilidad.

Deberá supervisar –en concreto- los contenidos que proponga un vendedor para asegurar la correlación entre las descripciones, fotografías y características del bien o servicio con el objeto real. Y deberá remover las referencias que no sean acordes con la realidad de esas ventas. Se reclama un “operador económico diligente que hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta”<sup>59</sup>. Creemos que una propuesta para lograr la trazabilidad de contenidos (art. 22) consiste en proveer de vías expeditas y fáciles de notificar a la plataforma sobre conductas ilícitas de los vendedores.

Por nuestra parte, estimamos que una pieza central para la aminoración o evitación de daños radica en el cumplimiento del deber de información, exigible no sólo al vendedor de productos o servicios a través de la plataforma, sino también al titular

OTRO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRA CONTRACTUAL - CASACION -EXPTE. N° 5506657, Sent. N° 87, 2/7/2019).

<sup>56</sup>FALIERO, Johanna-BAROCELLI, Sebastián, op.cit.

<sup>57</sup>Art. 30. Acción de Cesación. 1. Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación. 2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente. 3. La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones.

<sup>58</sup>LLAMAS POMBO, Eugenio sindicada este supuesto como una manifestación legislativa de la tutela inhibitoria típica en “*Las formas...*”, op. cit. p. 112 y 132.

<sup>59</sup>TJUE “*L’Oreal*” (2011).

del espacio para el *e-commerce*. Se suma la *prohibición de la publicidad engañosa*. Ambos operadores -aun cuando su participación sea diversa en la trama comercial- deben respetar dichos débito y resultarán compelidos por la apariencia que generen al usuario.

*En Argentina* estos débitos surgen de los arts. 42 y 43 CN, art. 1100/1101 CCCN y del microsistema del consumo: art. 4 y 8 Ley 24.240 y mod. *En Mercosur*, la Resolución 37/2009 exige garantizar el acceso a la información y regula la publicidad.

*La información debe ser clara, concreta, detallada, precisa, correcta y eficaz*. Además se encuentra fuertemente ligada con la *garantía del trato digno al consumidor*. Se enseña que *“una información para ser cierta debe, no solamente ser verdadera, sino también no tiene que generar incertidumbre. Lo cierto entonces es que se relaciona con lo verdadero como con lo preciso. La claridad se vincula con aquello que es inteligible o fácil de comprender. Siendo ello así, resulta vital para la debida protección de los intereses del consumidor. La referencia a lo detallado se relaciona con la descripción minuciosa y circunstanciada de los bienes o servicios y del contrato en sí”*<sup>60</sup>.

Una correcta información genera ventajas para el consumidor/usuario al permitirle conocer las características, alcances y vicisitudes del bien o servicio. El cumplimiento de este deber está enderezado a la protección del usuario y debe prevalecer sobre los cuestionamientos relativos a los nuevos costos que podrían acarrear los controles necesarios para ofrecer transacciones seguras. La resistencia basada en los gastos de seguridad reclama extremar los sistemas de verificación del acatamiento. Por otro lado, la adecuada *información y publicidad* favorecerá las estrategias de marketing para lograr un ciclo de consumo regular basado en la confianza de modo que también redunde directamente en ventajas para el sitio.

Justamente con motivo del incumplimiento del deber de información y omisión de diligencias para la prevención del daño se responsabilizó a un sitio web por daños padecidos por el consumidor. En el fallo se reprochó el incumplimiento del deber de controlar e informar la identidad a fin de prevenir el daño y evitar peligros para la salud e integridad de los usuarios<sup>61</sup>. En el caso *“Mercado Libre”*, en el cual el Excmo. TSJ Córdoba confirmó la sanción impuesta al operador, se destacó que *“si bien no puede imponérsele la obligación de controlar todos los productos ofertados, resulta evidente que puede tomar medidas que incidan en el comportamiento de los proveedores de los bienes...detalle minucioso de características de los productos o servicios ofrecidos... posibilidad de acceder a fotografías”*.

Por su parte, el Considerando 24 del Reglamento UE 2022/2065 relativo a un Mercado único de Servicios Digitales otorga suma relevancia al deber de información para proteger a los consumidores y mantener la confianza en el sistema. Sanciona expresamente el incumplimiento de la adecuada información al disponer *“...las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, no deben poder acogerse a la exención de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de alojamiento de datos establecida en el presente Reglamento, en la medida en que dichas plataformas en línea presenten la información pertinente relativa a las transacciones en cuestión de manera que*

<sup>60</sup>CHAMATROPULOS, Demetrio. *Estatuto del Consumidor Comentado*, LL, p. 242.

<sup>61</sup>CNCom Sala C “PERGIERYCHT DAMIAN C/OLX SA S/ORDINARIO”, op. cit.

*induzca a los consumidores a creer que dicha información ha sido facilitada por las propias plataformas en línea o por comerciantes que actúan bajo su autoridad o control, y que dichas plataformas en línea tienen por tanto conocimiento de la información o control sobre ella, aunque puede que en realidad no sea así".* Se citan ejemplos de estas prácticas negativas: que no muestre claramente la identidad del comerciante, que no revele la identidad o los datos de contacto del comerciante hasta después de la formalización del contrato, que comercialice el producto o servicio como si fuese a su propio nombre cuando ello no se corresponde con la realidad, etc.

### **9.- Aplicaciones prácticas del deber de información en la actualidad del e-commerce**

Hemos destacado algunas conductas señaladas en la regulación de la UE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tendientes a prevenir el daño a través de una adecuada información. Asimismo, citamos el precedente del Superior Tribunal de Córdoba "*Mercado Libre*" en tanto señaló medidas de comportamiento de los proveedores: exigir un detalle minucioso de las características de los productos o servicios ofrecidos, intervenir en las publicaciones que realizan los oferentes para mejorar la información, incorporar campos de llenado obligatorio con datos esenciales del bien/servicio, estado real del mismo, etc.

Podemos agregar algunas sugerencias concretas para mejorar la información de los productos ofrecidos en línea.

En lo relativo al vendedor: disponer calificación en base a negocios previos (Mercado Libre utiliza una pauta cromática fácilmente comprensible por el usuario); proveer datos de contacto, posibilidad de preguntas y respuestas abiertas no predispuestas, generar canal de comunicación que disminuya los riesgos y satisfaga el interés. En orden al bien o servicio objeto de la transacción: facilitar fotografías, versión de prueba, visualización del producto en contexto (Ikea dispone simulador de ambientes), reseñas de características y comparación de productos; proveer un *link* que redirija al manual o recomendaciones de uso, detalles de garantía y condiciones específicas. Disponer herramientas para el conocimiento de los términos contractuales colocando un link en la página de inicio. En esta senda ha generado gran impacto la implementación del botón de arrepentimiento para la desvinculación contractual (Argentina: Res.424/2020) que ampara al usuario ante decisiones apresuradas, con escasa información, o en contextos de vulnerabilidad. La razón que justifica estas medidas radica en que gracias a la innovación tecnológica los proveedores estudian pormenorizadamente el comportamiento del consumidor en el proceso de decisión de compra, lo cual amerita protegerlo ante su desconocimiento o ligereza.

Cabe señalar que si bien cierta doctrina ha planteado como interrogante si el cumplimiento del deber de información le confiere al sitio un rol activo y generador de responsabilidad, entendemos que la respuesta es negativa. Según hemos analizado, precisamente la omisión de una adecuada información y diligencia ha sido considerada como fuente de imputación de responsabilidad, mientras que la participación activa de la plataforma se relaciona con el control que –en cada caso– se pueda advertir en relación a la concertación y ejecución del negocio subyacente.

### **10.- Conclusiones**

Es innegable la importancia y trascendencia cotidiana que ha asumido desde hace un tiempo la mediación de la tecnología que influye en diversos ámbitos de la vida del

sujeto. En el contexto digital, el fenómeno de la contratación *online* ha encontrado un espacio propicio para su expansión y desarrollo. Ello por cuanto las herramientas tecnológicas favorecen la interacción, el acercamiento de personas a distancia, y finalmente, la concertación de negocios entre particulares, entre empresas, o entre particulares y empresas. Por otro lado, motoriza la economía y favorece el intercambio al generar un sinnúmero de relaciones y conexiones. Esta nueva realidad impone la necesidad de brindar soluciones frente a conflictos y desavenencias entre los involucrados.

-El Derecho, como ordenador de la vida en sociedad, deberá regular estas situaciones y otorgar un marco de actuación en base a criterios de seguridad y confiabilidad. En el presente trabajo nos propusimos analizar la regulación elaborada por la Unión Europea y España, en el entendimiento que constituye un elemento valioso para su estudio por parte de operadores de países que –como Argentina– carecen de un cuerpo orgánico de normas específicas. Asimismo, abordamos una breve reseña de la labor jurisprudencial de algunos tribunales en tanto permite interpretar los supuestos normativos y subsumirlos en las diversas hipótesis posibles.

-Tras efectuar una breve descripción del contenido de las funciones que engloba el Derecho de Daños: la función resarcitoria y la función preventiva, abordamos la recepción legal y jurisprudencial de la problemática específicamente relacionada con la responsabilidad de las plataformas o sitios de internet que proveen el ámbito o espacio virtual donde tiene lugar la operatoria de concertación del negocio.

-Concluimos que la legislación y las decisiones de los Tribunales analizados han acudido a la determinación del rol que –en cada caso concreto– asume dicha plataforma en la operatoria comercial, y el grado de control respecto del contrato subyacente para deslindar la atribución de responsabilidad. De modo tal que en caso de encuadrar su actuación como mero intermediario, *hosting* o proveedor del espacio para la interrelación entre el usuario proveedor y el usuario destinatario del bien o servicio, se ha establecido la exención de responsabilidad. Mientras que para el supuesto de haber desarrollado un papel activo en la realización de la oferta o promoción de la venta, otorgado garantías, o influido en el negocio subyacente, se ha dispuesto la responsabilidad del sitio.

-En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31 ha sido la normativa aplicable durante más de veinte años, la cual sentó las bases de la exención de “*puerto seguro*”. La aplicación de esta eximición se condiciona a la circunstancia que el prestador no tenga conocimiento efectivo que la actividad o información es ilícita; y si lo tiene, a que actúe con prontitud para retirar los datos o inhabilitar el acceso del contenido ilícito. Dicha previsión legal fue traspolada a los Estados miembros, entre ellos España; y ha sido matizada por la Directiva 2019/790 sobre Derechos de Autor y derechos afines en el mercado único digital. En la actualidad se prevé una actualización a través del Reglamento UE 2022/2065 (19/10/22) relativo a un mercado único de Servicios Digitales “Ley de Servicios Digitales”, y el Reglamento UE 2022/1925 del Parlamento Europeo y el Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el Sector digital “Ley de Mercados Digitales”. Estas piezas refuerzan los requerimientos de debida diligencia exigible a las plataformas.

-Estimamos que la evolución legislativa a la luz del camino trazado por las interpretaciones jurisprudenciales responde a la necesidad de adecuación y

actualización de criterios respecto de la responsabilidad de las plataformas. Ello, en función del auge de estos nuevos medios de contratación *online* y la injerencia cada vez mayor de los sitios de comercio electrónico respecto de los negocios que se celebran con su intermediación. Ello impone mayores exigencias en cabeza de estos operadores y justifica la interpretación -ahora más estricta- respecto de la configuración de alguna eximente de responsabilidad.

-Por otro lado, consideramos que el tópicus pone en juego la función preventiva referida a una instancia previa al acaecimiento, continuación o agravamiento del daño. Proponemos a la prevención como un remedio eficaz para favorecer el avance de estos métodos de contratación modernos. Esta prevención se conseguirá a partir de la implementación de medidas razonables en base a criterios de menor restricción y medio más idóneo, ya sea de modo provisorio o definitivo.

-En Argentina cabe señalar como herramientas de tutela inhibitoria o preventiva a las acciones de prevención del daño (art. 1710 y ss CCCN) y en España, las acciones de cesación previstas por la legislación nacional en un todo de acuerdo con la normativa comunitaria.

-Hemos analizado las referencias a medidas concretas que surgen de la legislación estudiada y en los fallos comentados. Se destaca el imperativo de un obrar diligente y una intervención preventiva del sitio para evitar el ilícito.

-En esta línea, concluimos que una medida esencial para el ejercicio de la prevención consiste en el correcto cumplimiento del deber de información y la prohibición de publicidad engañosa. Tales débitos deben recaer en cabeza del proveedor y también de la plataforma o sitio web que obra de nexo entre aquel y el co-contratante. Este entendimiento se sustenta en la consideración de que la mayoría de los supuestos implican una transacción de consumo que involucra a sujetos vulnerables o -en ocasiones- hipervulnerables. En estas páginas pudimos ahondar en ejemplos de aplicación práctica del deber de información en el *e-commerce* a la vez que sugerimos algunas menciones concretas.

-Finalmente, señalamos que hay quienes plantean como interrogante si el cumplimiento de dicho deber de información le confiere al sitio un rol activo que comprometa su responsabilidad. Luego del estudio acometido, nuestra respuesta es negativa, en sentido coincidente con lo resuelto por cierta jurisprudencia. En este orden se expresó que *“el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta [...] dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31/CE”*<sup>62</sup>.

-Creemos que debe primar la finalidad tuitiva a través de la adecuada información al usuario. La relevancia del comercio *online* como una moderna tendencia contractual exige profundizar los mecanismos preventivos con eje en una información adecuada, concreta, veraz, detallada y eficaz para colaborar con el desarrollo futuro de los medios tecnológicos. Esta exigencia permite reforzar la protección del usuario y consumidor ante el desequilibrio de poder y de conocimientos técnicos que implica interactuar en el medio digital. El debate está abierto pues la temática configura una materia en permanente evolución, que exige soluciones actuales, novedosas y creativas por parte de los operadores jurídicos en colaboración con profesionales de otras ciencias.

<sup>62</sup>CNCom. Sala D “Kosten”2018.

## 11.- Bibliografía

### 11.a. Doctrina

ACCIARRI, Hugo. *Smart contracts, criptomonedas y el Derecho*, LL 2019-B, 1082, AR/DOC/1017/2019.

ARROYO AMAYUELAS, Esther. *La Responsabilidad de los intermediarios en Internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro?* <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>

BARRY, Luis D. - BAUER, Eugenio. *El Rol activo como dirimente en materia de responsabilidad en el comercio electrónico*, LL 2018-B,526.

BEVOLO, Luciano Gustavo. *Responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico en las relaciones de consumo* en Repositorio Institucional Universidad Austral, 2021.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro. *Estatuto del Consumidor Comentado*, Tomo I y II, Thomson Reuters-La Ley, Bs As, 2016, ISBN 978-987-03-3158-2.

ETCHEVERRY, Raúl - ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Directores) *Comercio Electrónico - Estructura operativa y jurídica*, Ed. Hammurabi, 2010.

FALIERO, Johanna - BAROCELLI, Sebastián *La protección del consumidor en el comercio electrónico. Un caso de responsabilidad de los intermediarios comerciales en internet*, LL 04/4/2017.

FARINA, Juan. *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ª. Ed. Actualizada, Astrea, Bs As, 2011.

FARINELLA, Favio. *La proyectada ley argentina que regula el comercio electrónico* [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Id SAIJ: DACF060054.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara *Desprotección del consumidor transfronterizo. Hitos en el derecho latinoamericano contemporáneo*, LL 2015-B,727.

FERNANDEZ ESCUDERO, Josué. *Contrato telemático y comercio electrónico en el Derecho Latinoamericano* en "Comercio electrónico - Estructura Operativa y jurídica" ETCHEVERRY-ILLESCAS ORTIZ (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010.

FERRER de FERNANDEZ, Esther. *La Responsabilidad por productos elaborados y el riesgo de desarrollo en el contexto del derecho del consumidor*, La Ley, AR/DOC/38/2016.

FRUSTAGLI, Sandra. *Contratos en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. La Ley.

GALDOS, Jorge. *La responsabilidad Civil-Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial*, Tomo I a III Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.

GALDOS, Jorge. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet*, La Ley 2001-D,953.

GEMMA MINERO, Alejandro. *Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro*, Revista CESCO Derecho de Consumo 37/2021, ISSN 2254-2582.

GHERSI, Carlos (Director). *Reparación integral de daños*, Ed. Nueva Tesis, Bs As, 2014.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *La contratación mercantil en el entorno electrónico en Comercio electrónico - Estructura Operativa y jurídica* ETCHEVERRY-ILLESCAS ORTIZ (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación en La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

LARA, Juan Carlos - VERA, Francisco. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, policy paper N°3* www.derechosdigitales.org

LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*, parte general, 3ª. Edición Ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018.

LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los Contratos*, parte especial, T III, Rubinzal-Culzoni, 2021.

LORENZETTI, Ricardo. *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Bs As, 2001.

LORENZETTI, Ricardo. *Justicia colectiva*, 2ª. Ed. Ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017.

LORENZETTI, Ricardo "Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado", Tomo VI, arts. 1021/1279, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015.

LOPEZ de ZAVALIA, Fernando. *Teoría de los Contratos*, Zavalía Editor, Bs As, 2000.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Wolters Kluwer España SA, España, 2020.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Compraventa y protección de los consumidores*, SAIJ: DACF 150842, 20/11/2015, extracto de "La Compraventa", LL, Madrid, 2014.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños en La responsabilidad civil y su problemática actual* Moreno Martínez (Coord), Dykinson, Madrid, 2007.

MADRID PARRA, Agustín. *El derecho uniforme de la contratación electrónica en Comercio electrónico. Estructura Operativa y jurídica* ETCHEVERRY-ILLESCAS ORTIZ (Directores), Hammurabi, Bs As, 2010.

MOLINA QUIROGA, Eduardo. *Contenidos publicados en Internet*, LA LEY 23/02/2011, 1 - LA LEY2011-A, 1058 - AR/DOC/446/2011.

MONTENEGRO CORREA, Sebastián. *Comercio electrónico y mercados en línea*, Ediar, Bs As, 2022.

OSSOLA, Federico. *Responsabilidad Civil* (RIVERA-MEDINA Directores), Abeledo Perrot, Bs As 2016. ISBN 978-950-20-2787-6.

PEYRANO, Jorge W. *Más sobre la acción preventiva* en *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

PIZARRO, Ramón. *Responsabilidad del operador de una plataforma de comercio electrónico online*, LL 2021-E, 445 AR/DOC/2538/2021.

PIZARRO, Daniel - VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, T I, Pte. Gral, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

PIZARRO, Daniel - VALLESPINOS, Gustavo. *Tratado de obligaciones*, T II, Rubinzal-Culzoni, Sta Fe.

RITTO, Graciela. *Sistema de Defensa del Consumidor - Paradigmas del nuevo Código y de las leyes 26.993 y 24.240*, 20XII Grupo Editorial, Bs As, 2016.

RIVA, Juan. *La contratación electrónica y el régimen protectorio del consumidor*, La Ley 2019, AR/DOC/3144/2019.

SILVA, Lucas. *La responsabilidad de las plataformas de e-commerce*, MJ-DOC-15967-AR.

SUAREZ URIBE, Nicole Marie. *Análisis del régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establecido por el 17 de la Directiva 2019/790*, Ars Iuris Salmanticencis, Estudios, Vol. 10, 2022.

TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico*. LL 2005-E,436.

TAMBUSSI, Carlos. *Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico*. LL 29/5/2017 AR/DOC/1437/2017.

TAMBUSSI, Carlos. *El e-commerce en el Nuevo Código Civil argentino y el proyecto de ampliación de las directrices de Naciones Unidas para la protección del consumidor*, Lex N° 16, Año XIII, 2015-II. ISSN 2313-1861.

TINTI, Guillermo – CALDERON, Maximiliano. *Derecho del Consumidor. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor Comentada*, 4ª. Edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2017.

ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde. *El derecho de daños*, Zeus Córdoba, T 4, 2004.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el nuevo Código*, Tomo I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2019.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el nuevo Código*, Tomo II, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2019.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *Resarcimiento de Daños – Presupuestos y funciones del Derecho de Daños*, Ed. Hammurabi, Bs As, 1999.

### **11.b. Jurisprudencia**

Tribunal de Justicia Unión Europea “*L’Oreal v. eBay Internacional AG*” 12/7/2011 C-324/09.

Tribunal de Justicia (Gran Sala) 19/12/2019, C-390/18 cita a Sentencia 20/12/17 Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15; EU: C: 2017:981, ap. 40.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba “*Mercado Libre c/Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad comercial s/rec.apel.c.decisiones autoridad adm.*” N° 2715652/36 (19/5/2020).

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Cuarta Nominación de Córdoba en “*Mercado Libre s.r.l. c/ Dirección de Defensa del consumidor y lealtad comercial – rec. apel. c/decisiones autoridad adm. o pers. juridica pub. no estatal (civil) – Expte. n° 2715652/36*”, Sentencia N° 492 del 29/12/2016.

Cámara Nacional Comercial, Sala D “*Kosten Esteban c/Mercado Libre SRL s/ordinario*” (22/03/2018) LL AR/JUR/1780/2018

Cámara Nacional Civil, Sala K “*Claps Enrique Martin y otro c/Mercado Libre SA s/daños y perjuicios*” (05/10/2012) LL AR/JUR/55788/2012.

Cámara Apelaciones Sala B de Comodoro Rivadavia “*Besler Dario Rubén c/Mercado Libre SRL s/sumarísimo*” (27/5/2019) LL AR/JUR/28824/2019.

Cámara Civil y Comercial Sala III de Jujuy (15/9/2016) “*Acción Emergente de la ley de Consumidor: Ferreiro Pablo Alberto c/Mercado Libre SRL*” C-031.375/14.

Cámara Comercial Sala C “*Pergierycht Damian c/OLX SA S/Ordinario*” N° 8642/2016; Juzgado N° 29, Secretaría N° 57 (30/08/2021).

Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala II, LL 2005-E,436.

**11.c. Sitios web**

<https://www.economistjurist.es/noticias-juridicas/tras-el-crecimiento-desorbitado-del-comercio-online-cuando-nace-responsabilidad-del-marketplace>.

<https://blog.hubspot.es/marketing/etapas-de-decision-de-compra-del-consumidor>.

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa\\_contratacion\\_electronica\\_y\\_defensa\\_del\\_consumidor.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_contratacion_electronica_y_defensa_del_consumidor.pdf)

<https://willistowerswatsonupdate.es/ciberseguridad/e-commerce-riesgos-enfrentan-e-vendedores/>

<https://www.diariojudicial.com/nota/53990>

<https://abogadosunidos.com.ar/la-responsabilidad-de-los-intermediarios-en-el-comercio-electronico/>

[www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa\\_contratacion\\_electronica\\_y\\_defensa\\_del\\_consumidor.pdf](http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/programa_contratacion_electronica_y_defensa_del_consumidor.pdf)

<https://dequesetrata.com.ar/proyecto/camara-de-diputados/0291-D-2022-49474>

<https://dequesetrata.com.ar/proyecto/senado-ar/677-20-30224>

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

[www.gredos.usal.es](http://www.gredos.usal.es)

<https://derechosdigitales.org>

[www.riu.austral.edu.ar](http://www.riu.austral.edu.ar)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org) "Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico", 2016.

# Protección del patrimonio cultural e histórico desde la función preventiva del daño

por Jorge A. Venica<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.-Introducción. 2.- El patrimonio cultural e histórico como objeto digno de tutela. 3.- Los bienes culturales como objeto de los derechos en juego. 4.- Importancia de los bienes que conforman el patrimonio cultural. 5.- Principio de prevención del daño. 6. – Protección del patrimonio cultural desde la función preventiva del daño. 7.- Conclusión. 8.- Bibliografía.

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es conceptualizar al patrimonio cultural e histórico, tanto material como jurídicamente, a partir de las nociones que nos brindan las fuentes del derecho vigente. Una vez establecida su naturaleza como bien colectivo, abordar la cuestión de su protección a partir de la función preventiva del derecho de daños según las reglas y principios receptadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en conjugación con la Constitución Nacional, tratados y leyes especiales.

**Abstract:** The purpose of this paper is to conceptualize cultural and historical heritage, both materially and legally, based on the notions provided by the sources of current law. Once its nature as a collective good has been established, to address the issue of its protection based on the preventive function of tort law according to the rules and principles included in the Civil and Commercial Code of the Nation, in conjunction with the National Constitution, treaties and special laws.

## 1.- Introducción:

En el presente trabajo vamos a centrar nuestro análisis sobre dos temas puntuales, de suma importancia ya que están directamente relacionados al ambiente en su sentido amplio, pero con notas y características muy propias que se irán presentando a medida que avancemos sobre el desarrollo de estas cuestiones. Trataremos, en primer lugar, de definir al patrimonio cultural e histórico a partir de las ideas que nos brindan las fuentes del derecho vigente. Luego, a partir de allí, abordaremos el tema de la protección de todo aquello

<sup>1</sup>Abogado (UNC).  
Adscripto Derecho Privado  
VII -Derecho de Daños-  
(UNC)

**Palabras claves:**  
Patrimonio cultural - Bien  
colectivo - Prevención del  
daño - Protección.

**Keywords:**  
Cultural heritage -  
Collective good - Prevention  
of damage - Protection.

que representa y pueda estar incluido dentro de ese conjunto desde el punto de vista que tiene el derecho de daños y sobre todo desde la función de preventiva del daño, como ámbito de aplicación de las herramientas legales especializadas en la materia. Si bien existen dentro de esta amplia temática, otras cuestiones igual de interesantes, como por ejemplo el tema de la reparación de los daños al patrimonio cultural, o la legitimación del ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, su tratamiento aquí resultaría imposible, el espacio de las páginas que siguen es insuficiente para abordar dichos temas de forma satisfactoria. Sobre todo, porque en principio, la finalidad del mismo es en primer lugar presentarnos al objeto digno de tutela que le da nombre al título y, a partir de allí, introducirnos al marco normativo que regula cuestiones inherentes a su existencia, importancia y protección.

Es por ello que nos centraremos, como punto de partida, en la naturaleza jurídica de los bienes tutelados cuando hablamos de patrimonio cultural e histórico, y a la protección de estos bienes desde la óptica de la función preventiva del moderno derecho de daños que sin duda contribuye, o por lo menos debería hacerlo, a la complementariedad del sistema de la responsabilidad civil por medio del diálogo de fuentes que ha sido desarrollado por la doctrina a la hora de interpretar la Constitución, el Código Civil y Comercial de la Nación, los tratados internacionales y las leyes especiales sobre la materia.

Es necesario para tratar el tema, acotar su tratamiento al análisis de nuestro derecho interno en lo que a la función preventiva del derecho de daños respecta. Entonces, empleamos la expresión “derecho de daños”, entendida como el régimen que engloba las dos funciones receptadas en el Código Civil y Comercial (en adelante CCCN o Código) en su *Título V Capítulo 1*, la antes mencionada función preventiva, y la función resarcitoria,<sup>2</sup> que por razones que merecen un mayor estudio y análisis será tema de un apartado propio.

Nos gustaría resaltar, antes que nada, que al momento de recolectar fuentes e incursionar en su lectura y estudio, nos encontramos sorpresivamente, con una tarea que, si bien al principio supusimos que no representaba mayores inconvenientes, párrafo a párrafo, artículo a artículo, se fue manifestando cada vez más como un desafío. Y este último no es otra cosa que lograr definir qué entendemos en Argentina por “patrimonio cultural e histórico” y, por supuesto, establecer cuáles son los bienes que lo componen; para luego, una vez aclarado dicho panorama, abordar el tema de la tutela preventiva de estos bienes. Haremos el mayor esfuerzo para arribar a una idea más o menos clara y coherente con el sistema y sus fuentes.

## **2.- El patrimonio cultural e histórico como objeto digno de tutela:**

Autores como Lorenzetti, incluyen dentro de la idea del ambiente al patrimonio cultural, ya que sostiene que, junto con el patrimonio natural, existe otro patrimonio histórico, artístico y cultural a la vez de bellezas escénicas a las que se debe cuidar y proteger; y sostiene que por eso la ecología también supone el cuidado de las riquezas culturales de la humanidad en su sentido más amplio.<sup>3</sup>

Continúa diciendo que, una definición puede incluir un listado de elementos que integren el concepto, lo cual aclara que es bueno, pero resulta insuficiente, ya que

---

<sup>2</sup> PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “*Manual de Responsabilidad Civil*”, 1<sup>ra</sup> ed revisada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, Tomo I, p. 6.

<sup>3</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, “*Derecho Ambiental*”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2018, p. 19.

siempre habrá algún aspecto no incluido u otro novedoso que se tiene que incluir. En esta categoría se encuentra las definiciones materiales que constituyen el listado: el ambiente es el agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora. El listado de elementos materiales debería ser ampliado por otros inmateriales, nos dice, como el paisaje<sup>4</sup> o el patrimonio histórico.

A su vez, el mencionado jurista opina que corresponde diferenciar entre el “macrobien” y los “microbien ambientales”.

El ambiente es un “macrobien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas.

Los “microbien” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen las características de subsistemas, que presenta relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macrobien.

En esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, entre otros.<sup>5</sup>

Mosset Iturraspe entiende por ambiente *“la sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un momento y espacio determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos”*.

Pizarro propone que se trata de una noción amplia, que incluye en su texto no solo a los recursos naturales y los ecosistemas, sino también a los bienes o valores colectivos, patrimonio histórico y cultural, en un todo de acuerdo con los lineamientos que traza la constitución Nacional en su artículo 41.<sup>6</sup>

Como vemos, la postura más amplia considera a todos estos monumentos, objetos históricos u obras de arte y arquitectura como parte integrante del ambiente, y sustento normativo de ello en gran medida es el tratamiento análogo e inclusión de los mismos dentro del género ambiente que le otorgan diferentes fuentes del derecho internacional como es la Convención sobre la Protección del patrimonio mundial, cultural y natural, celebrada en la Conferencia General de la organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, París, Francia, el 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972.

Siendo fieles al título de este trabajo y con la idea de fijar un objeto de análisis puntual, nosotros vamos a centrar nuestra atención en la idea de “patrimonio cultural e histórico”, y tratar de definir qué se entiende por tal. Los conceptos transcriptos incluyen dentro del medio ambiente a todos aquellos patrimonios, es decir, natural, cultural, artístico y social, que a pesar de tener una característica en común y tal vez la más importante es el de ser objeto de derechos de incidencia colectiva, también es cierto que poseen características propias que los diferencia unos de otros.

Si bien muchos autores usan como sinónimos los términos de patrimonio cultural y el de patrimonio natural, pues hay quienes establecen que dentro del natural se encuentra incluido el cultural, esta es una confusión que se da al momento de definir

<sup>4</sup> PRIEUR, Michel, *“Convención Europea del Paisaje”*, su disertación en el primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Prov. De Santa cruz, 22 y 23-04-2004; *“La noción de patrimonio común”*, en J.A. 1998-IV-1014, dice que “el paisaje es la ilustración perfecta de la unión en torno de un patrimonio a la vez natural y cultural. De allí que la noción de patrimonio común aparezca como transambiental, es decir como aplicable a casi todos los elementos del medio ambiente, sean naturales o culturales”.

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, ob. cit., p. 90.

<sup>6</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit. p. 383.

el “ambiente” y tal como fue explicado supra y como reconoce Lorenzetti<sup>7</sup>, ambos patrimonios conforman un sistema más amplio, no obstante poseen características propias que los diferencian y, que si bien pueden llegar a interactuar dentro del gran sistema del que forman parte, tienen su propia identidad definida.

Vamos a basar nuestro análisis en el patrimonio estrictamente cultural e histórico, porque sus elementos son el resultado del actuar humano y de la historia de los pueblos. Está claro que cuando decimos que un bien es “cultural” no nos imaginamos en nuestra mente una montaña o un río, al contrario, nos imaginamos un edificio o un monumento. Nos imaginamos un bien que es producto de un proceso con intervención humana, y que si se quiere tiene una historia conocida desde el principio de su existencia y, a su vez, esta existencia tuvo en su momento un por qué, un motivo, y su creación fue decisión de alguien con una finalidad concreta. Podemos ver claramente la diferencia con los bienes naturales.

Sumado a ello, porque tiene leyes especiales que serán aquí brevemente analizadas. La Ley General del Ambiente 25.675 hace referencia a “*recursos ambientales, tanto naturales como culturales*” en su art. 2 inc. a), sin embargo, parece hacer más énfasis a los bienes naturales. Debido a que los incluye a los culturales, es por ello que, adoptando el concepto amplio de ambiente, en todo lo que no esté regulado por la ley especial y no sea incompatible con la ley 25.675 (que es de presupuestos mínimos según su art. 1, es decir, que tiene por objetivo establecer una tutela mínima y uniforme para toda la Nación), existe la posibilidad de aplicar analógicamente esta última tanto para la protección como para la reparación de los daños ocasionados al patrimonio cultural e histórico. (en adelante simplemente “patrimonio cultural”).

Con carácter preliminar, resulta necesario señalar que el patrimonio cultural concierne lo atinente a la riqueza arquitectónica, artística e histórica y se compone por monumentos, lugares y sitios.<sup>8</sup> Podemos decir que dichas riquezas tienen un lugar reconocido en el plexo normativo. Ello puede derivarse, a muy groso modo, de la enunciación que hace el artículo 41 segundo párrafo de nuestra Constitución Nacional cuanto expresa “*patrimonio natural y cultural*”. Nos parece que es importante reconocerle un rol de protagonismo al segundo, y ello será fundamentado a lo largo del presente trabajo.

Para abordar el primer tema de este trabajo, tenemos que partir del significado de lo “cultural” e “histórico”, ya que solo desde allí podemos tomar dimensión de qué estamos hablando cuando decimos que algo tiene cierta importancia por pertenecer al patrimonio de estas características. A su vez, establecer el sentido de lo cultural como un adjetivo calificativo (del sustantivo patrimonio) nos permitirá establecer la naturaleza jurídica de los bienes que son objeto de análisis cuando hablamos de su protección y tutela.

---

<sup>7</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, ob. cit., p. 89.

<sup>8</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, “*La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103*”, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/424/2016, p. 1

Según la Rae, “cultural” es lo: 1.adj. Perteneiente o relativo a la cultura. Y, a su vez, “cultura” es un término polisémico donde nuevamente la Rae lo define como:

1. f. cultivo.

2. f. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico.

3. f. Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.

4. f. ant. Culto religioso.

~ física.1. f. Conjunto de conocimientos sobre gimnasia y deportes, y práctica de ellos, encaminados al pleno desarrollo de las facultades corporales.

~ popular.1. f. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.

Parece razonable que no todas estas acepciones se adapten a lo que en este capítulo buscamos desarrollar, y es por ello que tomaremos a las que más parecen ajustarse a la descripción de los bienes dignos de tutela, según sus características y composición, a los que haremos referencia. Parecen adaptarse más a ello los de “cultura” como “2. f. *Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico.*; 3. f. *Conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.*; y ~ popular.1. f. *Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo.*”

Entonces cultural es todo lo relacionado a la cultura, que engloba todo lo mencionado en el párrafo anterior. En cuanto al vocablo histórico, consideramos adecuado que acompañe a lo cultural porque suma un componente o elemento de contexto temporal a todo aquello que pueda verse incluido en el conjunto de lo cultural. Histórico es lo perteneciente o relativo a la historia<sup>9</sup>, es decir, que muchas cosas tendrán cierta importancia por haber sido parte de la historia, por ser una prueba tangible de un hecho de gran relevancia para la historia de un pueblo o nación, prueba “viviente de un acontecimiento”, etc.

Muchas cosas son culturales por ser primero de carácter históricos, y de allí deriva su importancia. Lo histórico está fuertemente arraigado a la idea de lo cultural, y en nada redundante esta expresión si es seguida a la primera. Dependiendo del objeto pueden utilizarse cualquiera de los dos vocablos indistintamente. Si embargo, existen cosas que pueden ser culturales sin deberse ello a que sean históricos precisamente, ya que lo cultural posee una connotación más amplia. Muchas de las normas que veremos emplean el término “histórico” en conjunción con lo cultural. Aclarado esto, debemos continuar por establecer a qué hacemos referencia cuando hablamos de “patrimonio” desde un punto de vista jurídico. Este último posee un concepto en el derecho civil como atributo de la persona, que está integrado por bienes, es decir que tienen un valor económico. No importa si estos bienes son

<sup>9</sup> <https://dle.rae.es/hist%C3%B3rico> - histórico, ca: 1. adj. Perteneiente o relativo a la historia.

materiales, es decir, que sean cosas, o inmateriales, sino que lo importante para el derecho civil es que tengan un valor, y este elemento para la letra del Código y en su interpretación para la mayoría de la doctrina es económico y no afectivo.<sup>10</sup>

Si bien el Código vigente no define al patrimonio, el art. 15 nos dice que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio.<sup>11</sup> En la nota del art. 2312 del Código derogado, Vélez Sarsfield nos enseñaba que el ... *“patrimonio” de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código.*<sup>12</sup>

En el Código derogado la noción de bien estaba estrechamente vinculada a este enfoque económico y, por lo tanto, si se sigue utilizando este vocablo en su sentido técnico tradicional no podría aplicarse a los bienes ambientales (dentro de los cuales como ya hemos visto se encuentra el medioambiente como macrobien que alberga al patrimonio cultural), o al cuerpo o partes del cadáver. El Código civil y comercial vigente sigue estas categorías tradicionales y simplifica su enunciación.<sup>13</sup>

Este concepto tiene relevancia desde el enfoque de los derechos individuales, pero cuando hablamos de derechos de incidencia colectiva que están vinculados directamente con el patrimonio cultural, tenemos que hacer referencia a algo más que lo simplemente patrimonial económicamente hablando, a pesar de que estos bienes posean un valor económico tanto para el Estado como también para la comunidad en su conjunto. Si bien las habíamos nombrado en primer lugar como riquezas, y a pesar de que tienen un valor económico, primero poseen uno cultural, artístico, arquitectónico, social e histórico que los caracteriza de una manera muy específica.

Entonces, parece razonable que para hablar de patrimonio cultural debemos prestar atención a un concepto de lo “patrimonial” más amplio que el elaborado en el derecho civil, es decir, desde la proyección que puede tener este conjunto de bienes, valores y manifestaciones en un contexto más abarcativo y que, como veremos, involucra a derechos de incidencia colectiva. Todo ello atento a que como la palabra “cultura” también es polisémica por naturaleza y por supuesto, porque dentro del uso del lenguaje, ello deriva del empleo tan variado que se le da, es un término que resulta difícil delimitar con exactitud. Para simplificar, y apuntar más concretamente a qué nos referimos con patrimonio cultural, necesariamente debemos tomarlos conjuntamente, ya que cada término por separado posee múltiples significados o

---

<sup>10</sup> HERRERA, Marisa en *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”* (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ª ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 80

<sup>11</sup> FLAH, Lily R. – AGUILAR, Rosana I., en *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”* (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ª ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 804.

<sup>12</sup> *Código Civil de la República Argentina*, VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio – Nota al art. 2312, 12ª edición, Errepar, Buenos aires, 2013, p. 283.

<sup>13</sup> HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 80.

acepciones dependiendo del contexto o empleo que se les asigne por los interlocutores.

Para lograr acercarnos a la idea de patrimonio cultural e histórico, podemos partir de la concepción construida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que promueve la identificación, la protección y la preservación del patrimonio cultural y natural de todo el mundo considerado especialmente valioso para la humanidad.

Según esta organización, el patrimonio es el legado que hemos recibido del pasado, lo que vivimos en el presente y lo que transmitimos a las futuras generaciones. Todos los países tienen sitios y monumentos de interés local o nacional, pero para que sea considerado "patrimonio mundial" es necesario que, además, posea un "valor universal excepcional".

La declaración de un bien como patrimonio de la humanidad es un privilegio y un prestigio para el país, para sus responsables políticos y culturales y para los ciudadanos más directamente relacionados con el referido "Bien Patrimonio de la Humanidad". Pero al mismo tiempo es una gran responsabilidad, ya que deben mantener su conservación y protección, así como profundizar en su estudio con el fin de que este patrimonio pueda contribuir a la educación integral de otras personas y pueblos.<sup>14</sup> Habla tanto del patrimonio natural como el cultural, y destaca la importancia que tienen para toda la humanidad en su conjunto.

Los conceptos aún más amplios como Patrimonio Mundial o de la Humanidad, también reconocidos por distintos instrumentos y convenciones a lo largo y ancho del planeta, a nuestro parecer no son empleados por los organismos internacionales para nombrar un patrimonio distinto, sino para hacer referencia a cualquiera de ellos con una visión y alcance global, que no tiene en cuenta las fronteras de los estados y respeta el valor que estos conjuntos o dimensiones tienen para la humanidad entera y las futuras generaciones independientemente de si son naturales o culturales.<sup>15</sup>

El mencionado organismo ha creado los Indicadores UNESCO de Cultura para el Desarrollo (IUCD) que son un instrumento normativo y de promoción que permite evaluar, por medio de datos y cifras, la función pluridimensional de la cultura en los procesos de desarrollo. Se define a este como una dimensión cuyo principal objetivo *"es evaluar los esfuerzos acometidos por las autoridades públicas y sus resultados, en relación con el establecimiento y la aplicación de normas, políticas, mecanismos concretos y medidas para la conservación, la salvaguardia, la gestión, la transmisión y la valorización del patrimonio a nivel nacional."*<sup>16</sup>

En análisis completo del instrumento excede la finalidad de este trabajo, sin embargo, podemos valernos de las diferentes definiciones que nos brinda, a los fines de cotejar si guardan relación con las escasas menciones que se dan en nuestro ordenamiento jurídico interno y de acuerdo al contexto y marco normativo en el que son empleados. Comenzaremos por diferenciar dentro de la idea de Patrimonio de la humanidad solo el cultural.

La misma Unesco en la introducción de su Indicador para la Cultura nos dice que *"...el patrimonio cultural en su más amplio sentido es a la vez un producto y un proceso*

<sup>14</sup> <https://www.unc.edu.ar/sobre-la-unc/%C2%BFqu%C3%A9-es-el-patrimonio-mundial>.

<sup>15</sup> UNESCO. «*Ordinary Sessions of the World Heritage Committee*».

<sup>16</sup> INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO – PATRIMONIO, p. 132 ([https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd\\_manual\\_metodologico\\_1.pdf](https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf)).

*que suministra a las sociedades un caudal de recursos que se heredan del pasado, se crean en el presente y se transmiten a las generaciones futuras para su beneficio. Es importante reconocer que abarca no sólo el patrimonio material, sino también el patrimonio natural e inmaterial. Como se señala en Nuestra diversidad creativa, esos recursos son una “riqueza frágil”, y como tal requieren políticas y modelos de desarrollo que preserven y respeten su diversidad y su singularidad, ya que una vez perdidos no son recuperables.”<sup>17</sup>*

Hay dos ideas fuertes para destacar de esta definición. La primera es que incluye dentro del patrimonio cultural, que es el que empieza nombrando, al patrimonio natural e inmaterial. Y segundo, lo inmaterial que tiene que ver con una característica sustancial de los bienes, desde que pueden ser expresiones o manifestaciones. Lo natural es algo que igualmente resalta en su primera definición, pero que luego el mismo organismo afina dando una definición más precisa de patrimonio cultural:

*Por patrimonio cultural se entienden: i) los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; ii) los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; iii) los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.<sup>18</sup>*

Podemos ver como incluso para un mismo organismo existen imprecisiones a la hora de delimitar el espectro de lo que se entiende solo por patrimonio cultural. A los fines didácticos vamos a trazar una línea ya que como veremos, en nuestro ordenamiento jurídico parece reservarse dicha terminología para bienes culturales e históricos en cuya producción ha tenido intervención el actuar humano. De todas formas, puede verse que la intención de la Unesco es no encuadrar rígidamente el concepto de lo cultural como algo que deja fuera lo natural, y contrariamente a ello busca una definición flexible a la hora de aplicar dichas medidas o políticas de protección en los distintos estados.

A su vez, esta idea si bien nos aproxima, no deja de ser cierto que no es propia de nuestro derecho interno vigente, sino que pertenece a un organismo que despliega su actividad en el marco de la comunidad internacional, ya que forma parte de la ONU (Organización de las Naciones Unidas). Si tenemos que buscar una definición de patrimonio cultural e histórico en nuestro ordenamiento jurídico vamos a encontrar varias referencias a él en distintas normas y con distintos enfoques.

En primer lugar, podemos citar el art. 41 de la Constitución Nacional en cuanto expresa que: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

<sup>17</sup> INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO – PATRIMONIO, p. 132 ([https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd\\_manual\\_metodologico\\_1.pdf](https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf)).

<sup>18</sup> INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO – PATRIMONIO, p. 134 ([https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd\\_manual\\_metodologico\\_1.pdf](https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf)).

*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.*

*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales."*

Podemos observar como nuestra ley suprema recepta el concepto, hace primero referencia al ambiente y luego a los recursos y elementos que lo componen.

A su vez, el art. 75, inc. 19 introduce dentro de las facultades del Congreso la de "...Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".<sup>19</sup> Facultad esta última que guarda relación con el compromiso que debe asumir el Estado nacional a los fines de preservar y conservar nuestro patrimonio cultural nacional. No deja de ser atribución de cada estado tener leyes internas que tengan conexión con sus compromisos convencionales.

Dentro del bloque de constitucionalidad o tratados con jerarquía constitucional, cuya aprobación corresponde al Congreso de la Nación de conformidad al art. 75, inc. 22 segundo párrafo de nuestra Constitución Nacional, la Argentina ha suscripto una serie de convenios internacionales, entre los que destaca el "Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales", en cuyo art. 15 se acoge el derecho de las personas a participar de la *vida cultural* y de la adopción por parte del Estado de las medidas para asegurar el pleno ejercicio de este derecho entre las que deberán figurar las necesarias para la "*conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.*"

A nivel suprallegal (art. 75, inc. 22, primer párrafo) la República Argentina ha aprobado la "Convención Internacional para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural"<sup>20</sup>, que reproduce tal cual en su art. 1 la definición de patrimonio cultural elaborado por la Unesco y transcripto supra como primer concepto.

La "Convención de La Haya para la Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado"<sup>21</sup>, que agrega a la definición anterior la idea de bienes muebles o inmuebles, los edificios que tengan por finalidad exponer y conservar el conjunto de los bienes muebles culturales, junto con los centros donde comprendan un número considerable de bienes culturales que se denominan "centros monumentales".

La "Convención de San Salvador para la Defensa del Patrimonio Arquitectónico Histórico y Artístico de las Naciones Americanas".<sup>22</sup>

## *Artículo 2*

*Los bienes culturales a que se refiere el artículo precedente son aquellos que se incluyen en las siguientes categorías:*

- a) monumentos, objetos, fragmentos de edificios desmembrados y material arqueológico, pertenecientes a las culturas americanas anteriores a los contactos con la cultura europea, así como los restos humanos, de la fauna y flora, relacionados con las mismas;*
- b) monumentos, edificios, objetos artísticos, utilitarios, etnológicos, íntegros o*

<sup>19</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 2.

<sup>20</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 2, [Aprobado por ley 21.836 (BO 14/7/1978)].

<sup>21</sup> Aprobado por ley 23.618 (BO 1/12/1988).

<sup>22</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 2, [Aprobado por ley 25.568 (BO 7/5/2002)].

*desmembrados, de la época colonial, así como los correspondientes al siglo XIX;*  
*c) bibliotecas y archivos; incunables y manuscritos; libros y otras publicaciones, iconografías, mapas y documentos editados hasta el año de 1850;*  
*d) todos aquellos bienes de origen posterior a 1850 que los Estados Partes tengan registrados como bienes culturales, siempre que hayan notificado tal registro a las demás Partes del tratado;*  
*e) todos aquellos bienes culturales que cualesquiera de los Estados Partes declaren o manifiesten expresamente incluir dentro de los alcances de esta Convención.*

A su vez, el artículo 5 establece que: *“Pertenece al Patrimonio Cultural de cada Estado los bienes mencionados en el artículo 2, hallados o creados en su territorio y los procedentes de otros países, legalmente adquiridos.”*

Podemos decir entonces que todas aquellas cosas o bienes a partir de los cuales los pueblos, en el sentido de comunidad o conjunto humano que vive en sociedad, logran manifestar su vida tradicional, favorezcan o a partir de los cuales emerjan conocimientos que permita a cualquiera de sus miembros desarrollar su juicio crítico, y tengan relación directa con los modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social; serán bienes o cosas aptas para ser consideradas parte de este patrimonio cultural e histórico. Pero nos falta algo para completar el concepto.

### **3.- Los bienes culturales como objeto de los derechos en juego**

Si prestamos atención, durante el desarrollo de lo hasta aquí expuesto, habremos notado que necesariamente mencionamos en repetidas ocasiones a los bienes, y a su vez que son materiales o inmateriales. Todas las normas transcritas hablan primero de patrimonio como conjunto y luego hace referencia a los bienes que lo componen. Esto es así porque el concepto de patrimonio cultural termina de definirse por la naturaleza jurídica de los bienes que lo componen, y es por ello que, es necesario nombrar a estos bienes. Pero no debemos confundir a estos últimos con el bien colectivo del que forman parte.

La concepción patrimonialista ha ido cambiando, y aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Por esta razón es que el Código cambia totalmente el paradigma de regulación de los bienes.<sup>23</sup> El Código Civil y Comercial clasifica los bienes de acuerdo al tipo de derechos que pueden ejercerse sobre los mismos. Tiene un título introductorio que, en el mismo capítulo, produce un cambio de paradigma regulatorio de enorme relevancia en esta materia, ya que regula:

1. Los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio. Éste es el campo tradicional en materia de derechos reales, que se mantiene respecto del código derogado (arts. 15 y 16, 225 y 235 y ss.; 1882 y ss.).

<sup>23</sup> HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 77

2. Los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano, que no tiene contenido patrimonial (art. 17).
3. Los derechos de las comunidades, que son diferentes de las personas individuales, sobre bienes que también son comunitarios (arts. 18 y concs.)
4. Los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240, 241).<sup>24</sup>

A su vez, clasifica los bienes con relación a las personas, es decir, los titulares de los derechos sobre los mismos, y los clasifica en bienes pertenecientes al dominio público (art.235 CCCN), bienes del dominio privado del Estado (art. 235) bienes de los particulares (art. 238). El último artículo expresa *“Bienes de los particulares. Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales.”* De acuerdo a la definición que surge de la norma, la categoría bienes de los particulares tiene *naturaleza residual*.<sup>25</sup> Pero esto es en contraste a los bienes de dominio público y privado del Estado.

Claro está que los que pertenecen a los particulares y sobre los que se ejercen derechos individuales, y como hemos visto en principio tienen un valor económico, no son lo mismo que los bienes colectivos. Pero ¿pueden estar incluidos dentro de los bienes sobre los que se ejerzan derechos de incidencia colectiva? ¿O de la clasificación que hace el Código se desprende que el ejercicio de derechos individuales recae solo sobre bienes del patrimonio de particulares y, el ejercicio de derechos de incidencia colectiva solo sobre bienes colectivos? Es fundamental diferenciar esta idea de bienes que aporta el CCCN, del concepto de bien colectivo digno de tutela y tan perfeccionado desde el derecho ambiental.

En su art. 240, al momento de hablar sobre el ejercicio de los derechos individuales que recaen sobre los bienes enumerados en la *Sección 1 y Sección 2*, establece que el mismo debe ser compatible con los derechos de *incidencia colectiva*. Continúa diciendo que *“...debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”*

Como ya hemos visto, el CCCN en su art. 14 establece que regula dos tipos de derechos: a) los individuales, en los que cada interés tiene un titular individualizado; b) los de incidencia colectiva, en los que puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o del Estado (interés público, pero el bien jurídico es colectivo).<sup>26</sup>

En cuanto a los derechos de incidencia colectivos podemos citar directamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Halabi”<sup>27</sup> cuando expresa:

*“Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.”*

<sup>24</sup> HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 78.

<sup>25</sup> ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1<sup>ra</sup> ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 780.

<sup>26</sup> HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 72.

<sup>27</sup> FALLO CSJN "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986"

*En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.*

*En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.*

*De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.*

*Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.*

Lorenzetti señala que los códigos tradicionales regulan únicamente los derechos individuales. En el CCCN se reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva (art. 14) y se introducen criterios para armonizar los derechos individuales con la integridad de lo colectivo mediante la figura del abuso de derecho (art. 14) y el ejercicio compatible con la sustentabilidad (art. 240). El paradigma colectivo pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos.<sup>28</sup>

El CCCN, en los artículos 1º, 2º, 14, 240 y 241, establece reglas que tienen por objeto la necesaria armonía, compatibilidad o concordancia, en el ejercicio de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, basados en el principio de sustentabilidad.

Se recuerda que el artículo 1º, sobre *Fuentes y aplicación*, establece que “...los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

<sup>28</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 1ª ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p 794. según Presentación del Proyecto “Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2012.

A su vez, el artículo 2° del Código Civil y Comercial, relativo a la Interpretación, dispone que “...*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*”

La visión desde la Constitución del Derecho Privado, la regulación del derecho privado colectivo y la integración de fuentes son modalidades generales de este Código Civil y Comercial, que en definitiva resultan un aporte significativo para la protección del Derecho Ambiental.

No escapa a la consideración que este Código, no sólo unifica la materia Civil y Comercial (Derecho Privado), sino que también construye una comunidad de principios de la Constitución, del Derecho Público y del Derecho Privado, “ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”, lo que se ve claramente en “la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, en los derechos de incidencia colectiva, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos aspectos”.

El Derecho Ambiental está compuesto por intereses o derechos de incidencia colectiva, difusos en su titularidad activa, compartidos de manera fungible, impersonal, masiva, o indiferenciado por grupos sociales, sectores, clases, categorías, la sociedad, la colectividad o la comunidad en su conjunto, referidos a “bienes colectivos” – ambiente y cada uno de los elementos que forman parte del mismo- , y “ valores colectivos”, por lo general estos últimos, vinculados con el patrimonio histórico cultural, nuestras tradiciones orales, etcétera.<sup>29</sup>

Pizarro destaca que, con evidente anclaje constitucional, el Código Civil y Comercial introduce importantes cambios en materia de tipicidad de los derechos, reconociendo no solamente a los derechos individuales sino también a los de incidencia colectiva. En el texto del Anteproyecto se incluían también a los derechos individuales homogéneos y se consagraba una amplia legitimación activa colectiva para su defensa, siguiendo los lineamientos de la actual jurisprudencia de la CSJN a partir de la causa “Halabi”. El Poder Ejecutivo de la Nación los suprimió de manera inadmisibles antes de remitir el Proyecto al Congreso.<sup>30</sup>

El CCCN no termina de definir la cuestión de los bienes colectivos, no los menciona ni los clasifica. Deja abierta con la redacción de su art. 240 a que sean el resto de las normas, es decir, Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes especiales, junto con la jurisprudencia las que definan sobre qué bienes se van a ejercer los derechos de incidencia colectiva. Esto es producto del régimen hermenéutico jurídico que relaciona las normas codificadas con el resto que coexisten en el ordenamiento. No es una omisión fallida del legislador.

Los bienes que menciona el Código son: bienes de dominio público, de dominio privado del Estado y de los particulares sobre los que se ejercen derechos individuales. Vamos a llamar a estos bienes en sentido restringido. No solo difieren de los bienes colectivos por el interés tutelado del que son objeto, o la titularidad del derecho de dominio que pueden caer sobre los mismos, cambia la naturaleza jurídica

<sup>29</sup> FLAH, Lily R., AGUILAR, Rosana I., CAFFERATA Néstor A. en “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*” (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1ª ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, págs. 794 y 795.

<sup>30</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, 1ª ed, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, T. I, p. 25.

de los bienes, y esto está dado por la universalidad, la indivisibilidad y la trascendencia. Cambia su estructura y cambia su esencia. En distinto sentido, los bienes a los que hace mención el Código en los arts. 15, 16, 235, 236, 337, 238 tienen un sentido más desde los derechos reales.<sup>31</sup>

La indivisibilidad es un carácter que tiene que ver con que el bien colectivo es de uso común, no fraccionable, y está tutelado de una manera no disponible por las partes. Así es comprendido por la Corte Suprema de Justicia Nacional cuando resolvió: “...el bien jurídico ambiental comprometido es colectivo, supraindividual, indivisible impersonal y no fraccionable, en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares, tratándose pues, únicamente de aquellos casos en que los derechos cuya tutela se persigue corresponden a un bien que pertenece a la esfera social y transindividual...”<sup>32</sup> Entonces a partir de la clasificación del Código, y sumado a lo establecido en la Constitución, tratados, leyes especiales y por la jurisprudencia podemos concluir que existen los bienes colectivos y que los mismos están definidos por el tipo de interés que recae sobre ellos, que vale aclarar es colectivo.

Todos los elementos que forman esta estructura ambiental, vale decir, los recursos naturales como el agua, bosques, suelo, fauna, entre otros; las condiciones naturales del espacio, tales como el oxígeno o el clima; y los valores sociales de la conjunción hombre-naturaleza, por ejemplo, los paisajes forman hoy un bien cuyas características jurídicas le conceden mayor preeminencia para el logro de la supervivencia de las sociedades.<sup>33</sup>

En resumidas cuentas, para un cerrar un tema sumamente complejo del que inevitablemente deberíamos explayarnos mucho más, vamos a decir que el medioambiente es un bien colectivo. Y por lo tanto también lo es el patrimonio cultural, como elemento del medioambiente, es decir, del macrobien del que forma parte, por poseer caracteres que los vinculan y según la relación existente entre ambos que ya explicamos. Ello eleva a este último al estatus de objeto de derechos de incidencia colectiva.

Que luego, dentro del bien colectivo puedan estar incluidos bienes de dominio público o privado, en nada obsta a la clasificación que hemos elaborado, y son situaciones que pueden darse como no. Por regla en casos de daño ambiental suelen estar presentes más los bienes de dominio público, y son más fáciles de identificar (art. 235). Pero como veremos a continuación eso no elimina la posibilidad de que tenga lugar la protección de un bien colectivo cuando corre riesgo, se afecta o se lesiona un bien que pertenece al dominio privado. Esta es la particularidad que más identidad le da al patrimonio cultural en su relación con los bienes en sentido restringido, en el caso de que formen parte de dicho conjunto.

Un ejemplo del ejercicio de este interés colectivo sobre un bien de dominio privado de un particular es el fallo de la CSJN "Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa", donde por voto de la mayoría se hizo lugar a la demanda de expropiación irregular entablada por la propietaria, luego de que por medio de la ley 25.317 se declarase "monumento histórico - artístico nacional" al edificio que ocupa la "Casa de Mansilla" y quedara así sometida al

<sup>31</sup> HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 79.

<sup>32</sup> GRAFEUILLE, Elías G.- CAFFERATA, Santiago Díaz, “Amparo Ambiental”, 1<sup>ra</sup> ed. Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, p. 42.

<sup>33</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge; HUTCHINSON, Tomás y DONNA, Edgardo A., “Daño Ambiental”, 2<sup>da</sup> edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011, T. I, p. 399.

régimen de la aún por ese entonces vigente ley 12.665. la Corte entendió que las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble y resulta evidente que la expropiación resulta ser en el caso el único medio apto para garantizar el acabado cumplimiento de la manda contenida en el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes, es decir, asegurar la preservación de un inmueble cuyo valor cultural ha sido reconocido por todos los involucrados en el pleito.<sup>34</sup>

Podemos ver que, a pesar de ejercerse derechos de incidencia colectiva directamente sobre un bien privado de un particular de forma inmediata, ello se debe a que este bien en sentido restringido forma parte de un bien colectivo desde que fue declarado monumento histórico - artístico nacional; conforma el patrimonio cultural. Es por ello que resulta acertada la decisión de la Corte en “Halabi” cuando dice que *los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*.

Entonces, como ya dijimos, parece que existe la posibilidad de ejercer derechos de incidencia colectiva sobre bienes de dominio privado, sean de particulares o del Estado Nacional, Provincial y municipal, es decir, bienes en sentido restringido, pertenecientes a particulares o estatales. Ello se deriva de que el Código establece que los derechos individuales deben ejercerse sobre los bienes de las *Secciones 1 y 2*, donde enumera a los de dominio público, como si allí se agotaran los bienes colectivos<sup>35</sup>; pero también menciona a los de los particulares, es decir que deja abierta aquella posibilidad desde que debe ser *compatible con los derechos de incidencia colectiva*. Es a partir de allí donde nos vamos a las leyes especiales que por supuesto contemplan las características que destacan a estos bienes. Vamos a simplificar esa clasificación de los bienes, y en principio vamos a centrar nuestra atención en lo bienes materiales e inmateriales que conforman el patrimonio cultural, porque son el objeto sobre los que reposa el ejercicio de derechos de incidencia colectiva.

La legislación vigente proyecta el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva sobre el patrimonio cultural (microbien), que como ya dijimos, es un bien colectivo. Pero los hace operativos a su vez sobre bienes materiales, cosas, e inmateriales, manifestaciones, valores y tradiciones, que forman parte del bien colectivo. Podemos ver como el ordenamiento que regula todo lo concerniente al patrimonio cultural se encuentra legislado en leyes de distinta jerarquía.

En ese orden, es que la Constitución nombra al *patrimonio cultural* (art. 41 2º párrafo), la LGA nombra los *recursos...culturales* (art. 2 inc a), el Código hace alusión a *valores culturales* (art.240), *las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos*, con una notoria importancia desde lo cultural e histórico (art. 235 inc. h), la Ley 27.103 expresa *monumentos, lugares y bienes protegidos* (art. 4º - derogó artículo 2º de la ley 12.665; art. 7); podemos ver cómo van de lo general a lo más especial y estos son solo algunos ejemplos. Esto cobra virtualidad porque el marco normativo se complementa por medio de disposiciones generales y especiales por medio de un método de integración (art.2).

<sup>34</sup> Fallo CSJN Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa. saij.gob.ar

<sup>35</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” 1ª ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, pág.770.

A su vez, las convenciones citadas supra a las que nos remitimos por una cuestión de brevedad, también hacen referencia a bienes, pero no a bienes colectivos, sino a los bienes materiales e inmateriales que conforman al microbien patrimonio cultural. Podemos ver cómo, si lo que se busca tutelar es un patrimonio cultural e histórico, el derecho aborda su tratamiento desde la tutela o protección concreta de los bienes materiales e inmateriales que lo conforman. Es por ello que en los próximos capítulos vamos a incursionar en la protección del patrimonio cultural desde la prevención del daño sobre los bienes materiales e inmateriales que lo conforman. Estamos en condiciones de establecer el concepto de patrimonio cultural como el bien colectivo, parte del medioambiente y objeto de derechos de incidencia colectiva, que está conformado a su vez por el conjunto de bienes materiales e inmateriales, es decir, cosas, objetos, expresiones y manifestaciones que poseen un valor trascendente para la cultura, historia y desarrollo de los pueblos y comunidades. Estos pertenecen a dicho conjunto por la importancia que representan desde lo cultural, artístico, científico, social e histórico, y es este valor el que los hace digno de tutela y protección, y perdiendo de vista su componente económico.

#### **4.- Importancia de los bienes que conforman el patrimonio cultural**

Pero entonces, y considerando lo hasta aquí dicho, debe haber una razón por la cual determinados bienes entran en el grupo digno de ser tutelados por pertenecer al patrimonio cultural en cuestión, es decir, para que les sea otorgado dicho estatus. Diremos que estas características que pueden ser artísticas, culturales, históricas, paisajísticas, son las que les otorgan una importancia cultural, e histórica principalmente. Y es a su vez esta importancia la que se va a traducir en un valor también con significancia artística, cultural, histórica, paisajística y social que le dará motivo para ser tutelado.

Con carácter preliminar, resulta necesario señalar que el patrimonio cultural concierne lo atinente a la riqueza arquitectónica, artística e histórica y se compone por monumentos, lugares y sitios.<sup>36</sup>

A su vez como ya dijimos, está compuesto además de bienes materiales por bienes inmateriales. El patrimonio cultural no se limita a monumentos y colecciones de objetos, sino que comprende también tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional.

Pese a su fragilidad, el patrimonio cultural inmaterial es un importante factor del mantenimiento de la diversidad cultural frente a la creciente globalización. La comprensión del patrimonio cultural inmaterial de diferentes comunidades contribuye al diálogo entre culturas y promueve el respeto hacia otros modos de vida.<sup>37</sup>

Lo que se intenta proteger, en particular, son las expresiones de riqueza cultural de un colectivo. Esto denota la consagración indudable de la solidaridad intergeneracional. El mentado principio apunta a asegurar el acervo cultural para las

<sup>36</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 1

<sup>37</sup> <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003>.

generaciones futuras en tanto se entiende que la historia y el arte son portadores de un mensaje del pasado y un testimonio vivo de sus tradiciones.<sup>38</sup>

Su fundamento radica, precisamente, en la necesidad de resguardar la memoria histórica de los pueblos. La protección del patrimonio cultural se inscribe, de este modo, como una manifestación más de la función social de la propiedad.<sup>39</sup>

En palabras de la CSJN: "*El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros*".<sup>40</sup>

A partir de estas consideraciones que, por supuesto nos pueden servir de guía para calificar a ciertos bienes como integrantes del conjunto patrimonio cultural e histórico, al que necesariamente debe agregársele lo artístico, ya que es innegable que a partir de dicha producción la cultura se construye y desarrolla, podemos entender cuál es el gran repertorio de características compartidas por el grupo de bienes al que estamos ingresando. Todo ello va a depender de la denominación y anclaje que se les de cómo tal desde un decreto o desde el contenido de una ley creada a tales fines por las autoridades a las que haremos referencia.

De allí que de acuerdo a cuanta sea la importancia que el bien protegido represente, este va a contar con un nivel de protección local, provincial, nacional o que exceda las fronteras de la Nación. Este tema está íntimamente vinculado a la cuestión de la legitimación para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, que será tratado en otra oportunidad por resultar imposible abordar y desarrollar un tema tan extenso y complejo, que sin duda se merece una presentación y análisis propios.

## **5.- Principio de prevención del daño**

Pizarro nos enseña que en el moderno derecho de daños se reconoce este nuevo principio, según el cual toda persona tiene el deber de adoptar de buena fe, conforme las circunstancias y en cuanto de ella dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud y gravedad. El CCCN lo consagra de manera expresa no sólo en un plexo normativo general (arts. 1719 y ss.), sino también en numerosas disposiciones especiales. Asume especial proyección en el ámbito de los derechos que hacen a la dignidad humana, en el derecho del consumo y, sobre todo, en el derecho ambiental, donde la tutela preventiva (e inclusive precautoria) es largamente preferible, dado el carácter relativo que generalmente tiene la reparación en tales supuestos.<sup>41</sup>

Sostiene, además, que tanto desde el punto de vista del damnificado cuanto del posible responsable, la prevención del daño es por lo general preferible a su reparación.

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ediar, Buenos Aires, 1995, T. VI, p. 297 - En esta línea, la Constitución Nacional "expresa una visión de la persona humana y de la comunidad política fuertemente vinculadas, no sólo a un pasado común, sino también con claros deberes hacia las generaciones venideras"

<sup>39</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p.1.

<sup>40</sup> Fallo CSJN, "Zorrilla, Susana y otro v. EN — PEN s/expropiación — Servidumbre administrativa", LA LEY, 2013-E, 576.

<sup>41</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", 1ª ed Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, T. I, p. 23.

Pueden distinguirse distintas formas de prevención:<sup>42</sup>

a) Una de carácter general, que opera de manera indirecta, por disuasión y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción determinada de un daño. Un adecuado régimen de sanciones (penales, administrativas, civiles, etc.) puede, a veces, constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley.<sup>43</sup> Desde esta perspectiva, continúa diciendo Pizarro, algunas instituciones jurídicas de corte netamente sancionador – como los daños punitivos (art. 52 bis, Ley 24240)– tienen también, además, una clara función preventiva.

b) Otra, más específica, que tiene cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas por su frecuencia estadística, o por la magnitud de la dañosidad potencial que encierran, o para proteger ciertos derechos que, como los personalísimos, hacen a la dignidad humana. Esta prevención se realiza, frecuentemente, mediante la imposición, a ciertos sujetos, incluidos funcionarios estatales, de deberes especiales, destinados a controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad adecuadas, o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.<sup>44</sup>

El imperativo de no dañar (art. 19 CN) y la coherente función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1708 CCCN), se despliegan en deberes puntuales de *impedir perjuicios injustificados, a cargo de todas las personas en condiciones para hacerlo*. El precepto comentado concreta ese deber en las siguientes conductas:

a) *Evitar causar un daño.* b) *Adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño.* c) *No agravarlo, si ya se produjo.*<sup>45</sup>

El Código Civil y Comercial incluye a la función preventiva dentro de la responsabilidad civil (arts. 1710 y ss.). De tal modo, la responsabilidad civil no sólo resarce el daño injusto, también lo previene.

Conforme lo señalado anteriormente el criterio seguido es conceptualmente inapropiado. Pensamos que responsabilidad civil (entendida como lo que siempre fue: reparación del daño injustamente causado), prevención del perjuicio y punición por el derecho privado de ciertos ilícitos calificados por su especial gravedad, forman parte de una temática más amplia, que denominamos derecho de daños.<sup>46</sup>

Hecha esta aclaración, vamos ahora a hacer referencia a los artículos del Código que, dentro de su *Título V, Capítulo 1* titulado “*Responsabilidad civil*” trata en su *Sección 2º* a la función preventiva (junto con la punición excesiva que no guarda relevancia para el tema que estamos tratando).

<sup>42</sup> Ver ACCIARRI, “*Elementos de análisis económico del derecho de daños*”, pág. 63, n III, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, en LL 2013-A-717.

<sup>43</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 809. En sentido coincidente con TUNC, “*La responsabilité civile*”, p. 41.

<sup>44</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 810.

<sup>45</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, “*La responsabilidad civil en el nuevo Código*”, 1ª ed Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, T. I, p. 182

<sup>46</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos, ob. cit., p. 820 - sobre Conf. Prevot, “*Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva en el Código de 1871 y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*” (2012), Revista de Derecho de Daños, n. 2014-1, p. 109, en esp. N. II, b, ps. 114 y ss.; BUERES – “*El futuro de la responsabilidad civil. ¿Hacia dónde vamos?*”

Dispone el artículo 1710: *“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.”*

A la hora de preguntarnos sobre quién recae el deber de prevención, Pizarro nos enseña que la Ley es clara: sobre *“toda persona”*. Toda persona incluye lógicamente al Estado, a pesar de la inaplicabilidad de las normas del código civil que surge de los artículos 1764 y 1765.<sup>47</sup> Sería escandaloso sostener una solución contraria. Más aún: el deber de prevención que pesa sobre un particular razonablemente no debe ser superior al que en idénticas circunstancias correspondería al Estado. De tal manera, con abstracción e independencia de lo que puedan disponer en su ámbito específico normas de derecho público, el artículo 1710 se aplica a la responsabilidad preventiva del Estado, no de manera directa, o subsidiaria, sino por analogía.<sup>48</sup> En breve veremos como a partir de la analogía, el sistema se integra para darle respuesta a estos conflictos que tienen que ver con los derechos de incidencia colectiva y como el ordenamiento se complementa, proyectando principios rectores propios de la responsabilidad civil a otros microsistemas que subsisten en simultáneo.

Para completar el conjunto de normas que regulan todo lo relacionado al principio de prevención debemos hacer mención de los artículos 1711, 1712 y 1713. Configurada la recepción del principio de prevención del daño dentro del sistema de responsabilidad civil consolidada en el Código, es a partir de allí que sus efectos se trasladarán al resto del plexo normativo que tiene como fin la protección del patrimonio cultural. Como ya lo dijimos es la misma Constitución Nacional, los tratados internacionales (art. 75. inc. 22 CN), la Ley General de Ambiente 25.675, y leyes especiales como la 27.103 y decretos, los instrumentos legales que prevén normas que hacen explícito el deber de prevención respecto de determinados bienes por el valor cultural e histórico que representan.

## **6.- Protección del patrimonio cultural desde la función preventiva del daño.**

Antes de pasar directamente a cada una de estas normas, necesariamente tenemos que hacer una breve mención de la prelación normativa, también regulada por el Código en su *Título V, Capítulo 1* titulado *“Responsabilidad civil”*, pero esta vez en la *Sección 1º*; ya que tiene relevancia en lo que hace a la aplicación de normas de responsabilidad civil al microsistema disperso de protección del patrimonio cultural. El art. 1709 establece: *“Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:*

*a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;*

<sup>47</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 824. Sobre TAWIL, *“Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”*, en LL 2015-F-482; ALFERILLO, comentario al art. 1710, ALTERINI (dir), *Código*, t. 5, p. 14.

<sup>48</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, ob. cit., p. 824.

- b) la autonomía de la voluntad;*  
*c) las normas supletorias de la ley especial;*  
*d) las normas supletorias de este Código.”*

Zavala de González nos explica que el precepto comentado tiene en vista alguna oposición, conflicto o incoherencia entre disposiciones del Código Civil y de leyes especiales, a propósito de presupuestos o de efectos en la responsabilidad por daños. Sólo así se concibe establecer un orden de prelación, donde algunas normas revisten superior jerarquía, para su aplicación prioritaria en comparación con otras. Se instituyen pautas esenciales para decidir esa preeminencia:

- a) El carácter indisponible de una determinada disposición, que se define según la materia y los intereses que resguarda.  
 b) El respeto de la autonomía de la voluntad, cuando la decisión de los interesados no afecta esas cuestiones indisponibles.  
 c) Parecen innecesarias las últimas previsiones, referidas a normas supletorias de leyes especiales o del Código (incs. C y d), pues es evidente que disposiciones suplentes rigen sólo en subsidio o en ausencia de otras de carácter principal.<sup>49</sup>

Sin embargo, nos continúa explicando la destacada jurista, dichos dispositivos tienen el valor de establecer un orden entre normas supletorias. Ante todo, rigen las obrantes en leyes específicas, recién en su defecto procede acudir a las del Código. Este contiene una preceptiva con vigencia general en las diversas proyecciones del Derecho de daños, con carácter imperativo y también dispositivo; pero rigen excepto previsiones en contrario en ámbitos puntualizados, tanto si invisten calidad preeminente como supletoria.<sup>50</sup>

La responsabilidad por daños se encuentra regulada en el Código Civil y en normativas especiales. (Por ende, en la medida de la relación que venimos mencionando se hace extensible lo de la función de prevención a todos estos microsistemas).

A entender de parte de la doctrina, que compartimos, solo cabe referirse a pluralidad de sistemas desde una perspectiva normativa, exteriorizada en legislaciones paralelas o complementarias del Código, referidas a responsabilidades con algunas reglas singularizadas o a daños en ámbitos especiales.

Pero esa disgregación no constituye obstáculo a la unidad jurídica del Derecho de daños, que se revela sobre todo en su nudo axiológico.

Sus principios y valores fundamentales ejercen fuerza centrífuga, al suministrar reglas básicas para razonar, orientarse y resolver sobre prevención, reparación y sanciones por producir perjuicios. Sirven de guía para elaborar o descalificar, corregir y perfeccionar los llamados microsistemas, al insertarlos dentro de un sistema general que los comprende. Más que decidir jerarquías, deviene imperioso el esfuerzo para una integración armónica, siempre que es factible para evitar anarquías y desigualdades injustas. La integración con otras áreas no rompe la unidad del Derecho de daños, sino que enriquece su sustancia.<sup>51</sup>

¿Qué es lo digno de tutela, los bienes o los derechos que estos representan? ¿Qué se busca proteger o reparar llegado el caso? Será difícil establecer esto porque tanto la Constitución como el Código hablan de proteger derechos y, las leyes especiales

<sup>49</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 152.

<sup>50</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 153.

<sup>51</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 158.

hablan de proteger bienes u objetos. Para dar una respuesta a ello acudiremos a elaboraciones doctrinales propias del derecho de daños:

Como dice el art. 1737 “*hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, al patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”. Aquí tenemos la idea del daño en sentido amplio como ofensa o lesión (Pizarro), el que necesariamente va a caer sobre los derechos o intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico ya sea de orden patrimonial o extrapatrimonial; y luego tenemos el daño resarcible como el primer presupuesto de la responsabilidad civil (o derecho de daños en el caso de la función preventiva) que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión; hay una relación de *causa a efecto* entre ambas. A su vez, para la faz preventiva tendrá más importancia el daño lesión porque lo que se buscará muchas veces es prevenir o hacer cesar las conductas lesivas sobre los derechos e intereses.<sup>52</sup>

Podemos ver que el art. 1737 contempla el objeto de los mencionados derechos, y allí tenemos bien diferenciados a la persona y al patrimonio con sentido restringido tal como ya lo hemos explicado, de los derechos de incidencia colectiva. Por supuesto que los bienes serán los primeros sobre los que recaerá la tutela o protección, pero por el solo hecho de conformar el bien colectivo y ser objeto a su vez de los derechos e intereses que representan; pues para que exista daño como lesión a un derecho o interés debe haber primero daño en aquellos bienes materiales o inmateriales.

Entonces, como ya dijimos, el Código reconoce los derechos de incidencia colectiva (art. 14, inc. b); y brinda un concepto de daño que incluye la lesión a esos derechos (art. 1737).<sup>53</sup>

Hecha esta aclaración, nos sumergiremos en la normativa que trata puntualmente el tema de la protección del patrimonio cultural, que como ya hemos visto, el CCCN resulta ser el eje central del régimen del derecho de daños, a través de la adopción de la función preventiva en su articulado. Régimen que se complementa con la Constitución (incluye a los tratados internacionales), la Ley General de Ambiente 25.675 (de presupuestos mínimos), ley 27.103, decretos y ordenanzas locales. Estas últimas buscan adquirir mayor protagonismo a partir de exigir a las autoridades que se adopten medidas y deberes por parte de terceros y particulares con relación inmediata sobre algunos bienes. En lo que al derecho argentino respecta, ha habido una evolución legislativa.

Primero, con la sanción del dec. 3990 del 28/4/1938, se llevó a cabo la creación de la Comisión Nacional de Museos y Lugares Históricos (9), a través del Ministerio de Instrucción Pública y Justicia y puso en consideración la cuestión de la preservación del patrimonio cultural e histórico. Dos años después, el 30/9/1940, se sancionó la Ley 12.665, y a partir de esta se fundó la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos como institución gubernamental, la cual fue recientemente modificada por la ley que comentaremos seguidamente.

Luego tenemos el art. 41 de la Constitución Nacional que se incorporó con la reforma constitucional del año 1994. Todo el artículo es de suma importancia, sin embargo, en el tema que nos convoca nos interesa resaltar el primer párrafo por consagrar el derecho de todos los habitantes al goce de un *ambiente sano, equilibrado, apto para*

<sup>52</sup> PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo – “*Manual de Responsabilidad Civil*”, 1<sup>ra</sup> ed revisada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, T. I, pág. 81

<sup>53</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 169.

*el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, junto con el deber de preservarlo; este último luego receptado por el CCCN con la función de prevención del daño que hemos desarrollado.*

El párrafo segundo que establece el deber de las autoridades de proveer a dicha protección y preservación del patrimonio cultural; entre otras cosas como son el patrimonio natural, que es al que nombra primero y, la diversidad biológica.

El tercer párrafo resulta fundamental en cuanto establece que *corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.* Norma fundamental para la organización del sistema tanto desde la integración como desde la prelación, ya que la ley de presupuestos mínimos es aplicable a todo el territorio de la Nación, circunstancia también prevista por el art. 241 del Código Civil y Comercial.

Cabe aclarar que, como corolario de todo lo expuesto en consonancia con lo elaborado por la doctrina especialista en el tema, la Ley General de Ambiente 25.675 tiene una aplicación analógica en todo lo no regulado por la ley 27.103 que es de carácter más especial, y en una relación de integración armónica con la Constitución Nacional y los tratados internacionales antes mencionados en el apartado II) de este estudio.

En lo que respecta a la ley 25.750 de Preservación de los bienes y patrimonios culturales, solo la nombraremos, sin embargo, a nuestro parecer nada suma al esquema que venimos presentando, ya que no establece ningún tipo de medida o implementación que contribuya a la finalidad perseguida por la ley que a continuación comentaremos.

En el año 2014 se sancionó la ley 27.103, a partir de la cual se sustituye el órgano de aplicación creado por la ley 12.665, es decir, la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, por la nueva Comisión Nacional de Monumentos, de Lugares y de Bienes Históricos. Esto se debe a que se eliminó a del ámbito material a los museos y este quedó circunscripto solo a los monumentos, lugares y bienes históricos.<sup>54</sup>

Dicha supresión resulta positiva en virtud de la distinción que existe entre el monumento y el museo. Es que, tal como lo destaca Marienhoff, el museo es el lugar donde se guarda un objeto histórico, constituye una "universidad pública", "no es un lugar histórico y menos aún un monumento".<sup>55</sup>

El art. 3º de la ley 27.103 enumera las atribuciones de la Comisión, entre las que, naturalmente, se repite el "*a) ejercer la superintendencia sobre los monumentos, lugares y bienes históricos nacionales y demás bienes protegidos en los términos de la presente ley, en concurrencia con las respectivas autoridades locales, cuando se trate de monumentos, lugares y bienes del dominio provincial o municipal*".

*b) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la declaratoria de monumentos, lugares y bienes históricos nacionales, y demás bienes protegidos en los términos de la presente ley, indicando con precisión el perímetro del área protegida conforme las clases enunciadas en la presente ley.* Podemos ver como la Comisión cumple un

<sup>54</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 3.

<sup>55</sup> MARIENHOFF, Miguel S., "Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico", LA LEY, 1979-B, 972.

deber auxiliar y de cooperación con el Poder Ejecutivo Nacional para la declaración del carácter del bien con valor cultural.

El inc. c) conserva la potestad de la Comisión de *"establecer, revisar y actualizar criterios y pautas de selección, clasificación y valoración para los monumentos, lugares y bienes protegidos"* que estaban contenidos en el art. 4º de la ley 12.665, aunque con mayor detalle en lo que hace a la función a desarrollar ya que también hacía una clara referencia a ciertas limitaciones del derecho de propiedad de los particulares sobre dichos bienes.

Dentro del inc. d) encontramos una novedad de la norma que consiste en *"designar— a solicitud del Congreso— expertos para evaluar los méritos históricos artísticos, arquitectónicos, industriales o arqueológicos del monumento, lugar o bien sometido a opinión a fin de que expidan un dictamen escrito no vinculante que será refrendado por la Comisión."*

Continúa el mencionado art. 3 enumerando todas las atribuciones que corresponden a la Comisión a lo largo de 14 incisos: *e) Designar delegados en base a una terna vinculante remitida por los gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con asiento en los respectivos distritos, y por sí, subdelegados locales, asesores consultos, honorarios y eméritos;*

*f) Organizar mecanismos de representación regional y federal;*

*g) Establecer "áreas de amortiguación" en el entorno de los monumentos, coordinando con la autoridad local las restricciones urbanísticas que correspondan;*

*h) Establecer los alcances y límites de la protección inherente a cada declaratoria;*

*i) Recomendar al Poder Ejecutivo que impulse ante el Congreso Nacional la declaración de utilidad pública de los inmuebles que así lo ameriten;*

*j) Llevar un registro público de los bienes protegidos según su clase;*

*k) Intervenir con carácter previo y vinculante en toda transacción, transferencia de dominio, gravamen u otra modificación del estatus jurídico de un bien protegido;*

*l) Intervenir con carácter previo y vinculante, aprobar o rechazar, y supervisar toda intervención material sobre los bienes protegidos;*

*m) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la adquisición de bienes de particulares cuando sea de interés público su ingreso al dominio del Estado nacional;*

*n) Realizar por sí o auspiciar publicaciones de las materias de su competencia;*

*o) Organizar, auspiciar o participar en congresos, seminarios, encuentros, jornadas, programas periodísticos y toda otra actividad de difusión de sus competencias;*

*p) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la aceptación de herencias, legados y donaciones vinculadas a la materia de esta ley;*

*q) Aceptar y recibir subsidios y aportes en dinero o en especie;*

*r) Celebrar convenios de cooperación con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, gubernamentales o no gubernamentales.*

Cassagne destaca que resulta interesante destacar que el art. 4º de la 27.103 establece que *"los monumentos, lugares y bienes protegidos, que sean propiedad de la Nación, de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de los municipios, quedan sometidos por esta ley a la custodia y conservación del Estado nacional y, en su caso, en concurrencia con las autoridades locales"*. En paralelo, elimina a aquellos monumentos, lugares y bienes protegidos pertenecientes a "instituciones públicas" que se hallaban previamente sujetos a esta tutela. A nuestro juicio, dicha exclusión

puede resultar alarmante atento a que, por ejemplo, bienes de entidades autárquicas -en virtud de esta nueva redacción- resultarán ajenos de protección.<sup>56</sup>

Creemos que la aludida omisión no es óbice para arribar a medidas de protección de los bienes de dominio público igual de efectivas. En primer lugar, porque sobre los mismos siempre tendrá preeminencia el interés general sobre el particular. Y a su vez, no debemos perder de vista las herramientas que nos brinda el ordenamiento integralmente considerado y desde su aplicación analógica tal como lo hemos desarrollado durante esta presentación. También destacamos la referencia a *conurrencia con las autoridades locales*, dando razón del carácter federal e interjurisdiccional del régimen aplicable.

Seguidamente, se advierte que la ley 27.103 separa en diversos artículos la declaración de utilidad pública a los efectos de expropiación de aquellos acuerdos que deba celebrar la Comisión con los propietarios del bien -primitivamente contenidos en el art. 3º de la ley 12.665 de modo conjunto.

De esta forma, la ley 27.103 dispone -de un lado- en el art. 3º que es atribución de la Comisión "m) Proponer al Poder Ejecutivo nacional la adquisición de bienes de particulares cuando sea de interés público su ingreso al dominio del Estado nacional" y, por otro, en el art. 5º prescribe que "(l) la Comisión Nacional podrá celebrar con los propietarios de los bienes declarados acuerdos a fin de determinar el modo cooperativo de asegurar el cumplimiento de los fines patrióticos de la ley. Si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación al dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará al propietario en su caso, y en la medida de dicha limitación".<sup>57</sup>

En este nuevo articulado, se adiciona la locución final "en la medida de dicha limitación". Sin embargo, no queda claro si la limitación al dominio podrá establecerse en el convenio o si deberá realizarse por ley. Pensamos que las disposiciones que impliquen un sacrificio para el propietario requieren inexcusablemente de una ley en sentido formal. Con buen criterio ha afirmado la doctrina que "en el caso de la mera restricción ésta se impone, en principio, por acto administrativo, como inherente al régimen normal de la propiedad; en el caso de la expropiación, de las servidumbres, etc., la limitación, se impondrá por disposición del legislador, a través de una ley formal, pues sólo el legislador puede disponer o autorizar sacrificios o detrimentos de los derechos, medidas estas que serán válidas en tanto sean constitucionales"<sup>58</sup>

Resulta innegable que la introducción del art. 41 a la Constitución Nacional ha alterado el sistema dominial del derecho civil. En el fondo, lo que esta norma resguarda es la debida protección del derecho de propiedad reconocido en nuestra Carta Magna en los arts. 14 y 17. Es que, como bien vaticinó Gelli, *"las tres líneas ideológicas que después de 1994 convergen en la Constitución Argentina, suscitan problemas de armonización de los diferentes derechos, pues muchos de los enunciados en el art. 14 deben interpretarse a la luz, por ejemplo, de los arts. 41 y 42, Ley Suprema... es posible afirmar que el convencional de 1994 reglamentó, con la*

<sup>56</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 4.

<sup>57</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 4.

<sup>58</sup> MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, T. IV, p. 25.

*inclusión de los nuevos derechos y garantías, los derechos liberales de la Constitución Nacional*.<sup>59</sup>

Nos parece necesario resaltar que el art. 7º enumera una serie de clases de bienes protegidos, entre los que surgen como novedosos los siguientes: "poblado histórico nacional", "área urbana histórica nacional", "área de amortiguación visual", "bien de interés arquitectónico nacional", "bien de interés industrial nacional", "bien de interés arqueológico nacional", "paisaje cultural nacional" e "itinerario cultural nacional". El aporte resulta enriquecedor para la determinación de los bienes que son considerados dentro del patrimonio cultural y, cabe destacar el énfasis que se hace en lo nacional, la protección de los bienes tiene proyección sobre todo el territorio de la Nación.

El art. 10 hace alusión al régimen sancionatorio, modifica el monto de la multa por un mínimo del diez por ciento hasta tres veces el valor del bien o los bienes que hayan motivado la conducta sancionada y dispone cuál será el destino de los montos percibidos. A su vez, añade que *"para la determinación de la multa se atenderá a la gravedad de la falta cometida y el carácter de reincidente del infractor. Las multas establecidas en el párrafo anterior serán aplicadas siempre que el hecho no se encuentre encuadrado en el tipo penal establecido en el artículo 184, inciso 5, del Código Penal."*

En el último párrafo del art. 10 establece que *"En caso de alteración total o parcial de fachadas u otras áreas de máxima tutela de un edificio declarado monumento histórico nacional, o de una parte sustancial de cualquier otro bien protegido en el marco de la presente ley, el propietario, a su costo, deberá restituirlo a su estado original en plazo perentorio establecido por la Comisión Nacional. Fenecido dicho plazo sin novedad, se aplicará una multa fijada a criterio de la Comisión Nacional, por cada día de demora en la reconstrucción"*. Cassagne nos dice que de lo anterior se deduce que, una vez más, el legislador impone deberes en cabeza del propietario con el fin de conservar incólume el patrimonio cultural.<sup>60</sup>

Todo lo mencionado y analizado de forma muy breve, nos aporta una idea de cuáles serán las medidas concretas idóneas a los fines de poder facilitar la aplicación de los preceptos que son impuestos tanto a las autoridades estatales como a los particulares desde las normas de máxima jerarquía como es la Constitución Nacional, como así también el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley 25.675. Entre estas medidas de protección tenemos la creación de un órgano especializado (Comisión), registro de monumentos y bienes culturales, declaración de estos bienes con calidad de tales, expropiación, multa, entre otras.

No debemos dejar de tener en cuenta, que, así como el art. 41 CN menciona a las provincias, a nivel local son las autoridades de estas últimas las que tienen el deber de adoptar las medidas eficaces e inmediatas de protección y preservación de los bienes que forman parte del patrimonio cultural e histórico, por encontrarse los bienes que lo conforman dentro de su territorio.

Un ejemplo de ello es la Constitución de la Provincia de Córdoba, que en su art. 65 establece: *"El Estado Provincial es responsable de la conservación, enriquecimiento*

<sup>59</sup> GELLI, María Angélica, *"Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada"*, 4ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, T. I, p. 84.

<sup>60</sup> CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, ob. cit., p. 5.

*y difusión del patrimonio cultural, en especial arqueológico, histórico, artístico y paisajístico y de los bienes que lo componen, cualquiera sea su régimen jurídico y su titularidad.”*

A su vez, la provincia cuenta con la Ley N° 5543 de Protección de los bienes culturales de la provincia. Y la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba cuenta con ordenanzas de Protección del Patrimonio Arquitectónico Urbanístico y Áreas de valor cultural Ordenanza N° 11190/06 y N° Ordenanza N° 11202/07. El abordaje con mayor detenimiento y detalle de estos instrumentos será objeto de otro trabajo.

## **7.- Conclusión**

Si bien es cierto que en los últimos años y como resultado de la entrada en vigencia del paradigma ambiental, a la vez producto de la conocida crisis ambiental en la mayoría de los estados del mundo, gracias al cual el derecho ha adoptado como eje de indiscutible prioridad la protección del medioambiente y el desarrollo sustentable, no es menos cierto que los esfuerzos tanto legislativos como convencionales, políticos y ciudadanos; están más orientados a la conservación y protección de los recursos naturales dentro de todas sus variantes, es decir, recursos vivos (diversidad biológica) como no vivos, con cierta prioridad sobre aquellos bienes producto de la actividad cultural, histórica, arquitectónica, artística, social y educativa que involucran a las mujeres y hombres de todos los pueblos del mundo.

No es menos cierto que los esfuerzos a nivel institucional y legislativo son de menor envergadura. Con ello no quiero decir que pareciera no despertar interés para quienes tienen como función legislar a favor de estos intereses, sin embargo es notable la escasa normativa que existe sobre protección y conservación del patrimonio cultural a comparación del patrimonio y recursos naturales como por ejemplo, solo para nombrar algunas: Ley Nacional 25.612 Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios, Ley Nacional 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, Ley Nacional 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios, Ley Nacional 26.331 Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, entre muchas otras, tanto nacionales como provinciales . Aunque, no es menos cierto que si bien el ámbito de aplicación es totalmente distinto, el objeto digno de protección es sin duda merecedor de similar tutela. De todas formas, podría llegar a trazarse un esquema similarmente efectivo teniendo en cuenta los lineamientos generales de la Constitución Nacional, de la ley 25.675 y del Código Civil y Comercial de la Nación.

## **8.- Bibliografía**

ACCIARRI, *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, n III, “*Funciones del derecho de daños y de prevención*”, en LL 2013-A-717.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

CAFFERATTA, Néstor A., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1<sup>ra</sup> ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos; IBARZÁBAL, Milagros, *La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103*, ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/424/2016.

DONNA, Edgardo A, *Daño Ambiental*, 2<sup>da</sup> edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011.

FALLO CSJN "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

FALLO CSJN, "*Zorrilla, Susana y otro v. EN – PEN s/expropiación – Servidumbre administrativa*", LA LEY, 2013-E, 576.

FLAH, Lily R – AGUILAR, Rosana I., en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1<sup>ra</sup> ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, 4<sup>a</sup> ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008.

GRAFEUILLE, Elías G.- CAFFERATA, Santiago Díaz – *Amparo Ambiental*, 1<sup>ra</sup> ed. Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.

HERRERA, Marisa, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1<sup>ra</sup> ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

HUTCHINSON, Tomás, *Daño Ambiental*, 2<sup>da</sup> edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011.

INDICADORES UNESCO DE CULTURA PARA EL DESARROLLO. ([https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd\\_manual\\_metodologico\\_1.pdf](https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf)).

LORENZETTI, Ricardo Luis – LORENZETTI, Pablo, "*Derecho Ambiental*", Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2018.

MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen jurídico legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico*, LA LEY, 1979 -B, 972.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daño Ambiental*, 2<sup>da</sup> edición ampliada y actualizada, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2011, T. I.

PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Manual de Responsabilidad Civil*, 1<sup>ra</sup> ed revisada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, T. I, 2020 T. 2. "*Tratado de Responsabilidad Civil*", 1<sup>ra</sup> ed Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, T. I.

PRIEUR, Michel, *Convención Europea del Paisaje*, su disertación en el primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental, El Calafate, Prov. De Santa cruz, 22 y 23-04-2004; *La noción de patrimonio común*, en J.A. 1998-IV-1014.

TUNC, “La responsabilité civile.

UNESCO. «Ordinary Sessions of the World Heritage Committee»

ZANNONI y KEMELMAJER DE CARLUCCI en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), 1<sup>ra</sup> ed. Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1<sup>ra</sup> ed Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015.

## Doctrina Extranjera

# La arqueología de la culpa en el derecho obligacional y la reparación de los daños contractuales <sup>1</sup>

por Marcos Catalan<sup>2</sup>

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo explorar el proceso de apogeo y caída de la culpa en el derecho de las obligaciones y busca comprobar su significado e importancia en el derecho romano, en la Edad Media, en la Edad Moderna y en la actualidad.

**Abstract:** This article explores the process of rise and fall of the guilt in contract law checking their meaning and connotation in Roman law, during the unveiling of the Middle Ages and Modern Age, and, finally, exploring the idea in present time.

La percepción de que el Derecho no puede ser pensado sino a partir de su historicidad funda aquí la tentativa de comprensión del proceso de *ascensión y caída de la culpa* en el derecho de las obligaciones. La comprensión de una *Historia* que emerge en *tiempo presente* a partir de las intemperies provocadas por la incesante labor de *Chronos* durante el desvelar (a) de cada uno de los trece siglos de existencia del *Derecho Romano*<sup>3</sup>, (b) de los mil años vividos a lo largo de toda la Edad Media, (c) de los incontables instantes capturados a lo largo de la Edad Moderna y, (d) de los años habidos en la Contemporaneidad.

Es factible apuntar que hasta el advenimiento de la *Lex Aquilia de Damno*<sup>4</sup>, la culpa – y no, sentimientos de culpa<sup>5</sup> – haya sido un personaje desapercibido del derecho civil.<sup>6</sup> La tentativa de identificar la *iniuria* – aquí

<sup>2</sup>Abogado.

Doctor summa cum laude en Derecho, Universidad de San Pablo.

Profesor en programa de posgrado stricto sensu en Derecho y Sociedad en UniLaSalle, Brasil.

**Palabras clave:**

culpa – historicidad – derecho civil.

**Keywords:**

fault – historicity – civil law.

<sup>1</sup> El artículo fue originalmente publicado en la Revista Crítica de Derecho Privado (13, p. 353-364, 2016).

<sup>3</sup> VELASCO, Ignácio Maria Poveda. História externa e interna do direito romano, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 74-89, jul./set. 1989. p. 74.

<sup>4</sup> Cuyo origen se remonta al Siglo III a.C.

<sup>5</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 49-73.

<sup>6</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coord.). *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 59.

significada como una conducta reprobada por el Derecho<sup>7</sup> – es fruto de reflexiones que, como mínimo, pueden ser calificadas como imprecisas.<sup>8</sup>

Las raíces arraigadas en la Ley del Talión<sup>9</sup> garantizan el beneficio de la duda.

El pragmatismo que moldeó la vida en la Roma de los Césares también.<sup>10</sup>

A conversión de Constantino al Cristianismo<sup>11</sup> – un importante acto simbólico – permite expresar que la culpa no consiste en una herencia del *Derecho Romano Clásico*. Lejos de eso, le interesa al derecho apenas a partir de algún instante ocurrido entre aquel corte histórico y la *génesis* del derecho bizantino.<sup>12</sup>

Y cuando se permite al pensamiento atravesar las puertas de la Edad Media<sup>13</sup>, se hace factible imaginar que – al menos, en ocasión de sus primeros seis siglos de existencia, por lo tanto, más precisamente, en el desvelar del Alto Medievo –, como la organización de Europa parece haber sido bastante precaria<sup>14</sup>, poco de aquella realidad fue alterada.

Mientras, ese cuadro mudó en ocasión de la Baja Edad Media. Marcada (a) por la difusión del Cristianismo por Europa<sup>15</sup>, (b) por el (re)descubrimiento y la (re)lectura del derecho Justiniano moldeado, ahora, por la doctrina y prácticas canónicas<sup>16</sup> y, aún (c) por las transformaciones oriundas de las primeras universidades, ella trae consigo momentos relevantes a la adecuada aprehensión de algunas de las reflexiones grabadas en ese sencillo opúsculo.

Ecos venidos del pasado muestran que la Iglesia Católica, además de ser la más importante y sólida institución europea<sup>17</sup> de la Edad Media, fue la principal productora de saberes, siendo factible sustentar que el humanismo enraizado en la doctrina

<sup>7</sup> SCHIPANI, Sándro. Análisis de la culpa en Justiniano 4,3. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 127-134.

<sup>8</sup> CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: RT, 2013.

<sup>9</sup> D'ALMEIDA, Luiz Duarte. A culpa em Roma e o direito penal: notas de reflexão para uma oral de melhoria de direito romano, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 40, n. 1/2, p. 317-321, 1999. p. 317-318.

<sup>10</sup> VEYNE, Paul. O império romano. In: VEYNE, Paul. *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, v. 1. p. 11-212.

<sup>11</sup> Constantino entró en la Historia como el primer emperador romano en profesar el cristianismo, habiendo gobernado Roma de 307 a 337 d.C. Bajo su comando ocurrió la publicación del Edicto de Milán (313), por medio del cual Roma se declaró neutra en relación a la religión profesada por sus ciudadanos. Aún porque, poco tiempo antes de la conversión de Constantino, los cristianos eran violentamente perseguidos por Roma. Por eso es factible aceptar que sus valores no informaban el sentido común vigente en la Roma de los primeros siglos de la era cristiana.

<sup>12</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, jul./dez. 2000. p. 194.

<sup>13</sup> Período que se extiende de 476 a 1453.

<sup>14</sup> BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 375-381.

<sup>15</sup> SURGIK, Aloísio. O cristianismo e a formação do direito medieval, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 156-167, out./dez. 1983. p. 157-165.

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro: permanência ou superação de paradigmas romanos?, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 64-95, jul./dez. 1992. p. 84.

<sup>17</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3 ed. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 67.

cristiana y el desarrollo de la dogmática<sup>18</sup> fueron elementos importantes en la ampliación exacerbada del papel reservado a la culpa en el derecho privado. Imposible no notar que aquí, muchos saberes no tenían tránsito libre.

Es razonable afirmar que ellos eran controlados por un sistema moral teológicamente erigido<sup>19</sup> y *culpado* de la diseminación de nociones como libre arbitrio, pecado, expiación y punición, temas que informaban tanto los discursos de los sacerdotes, como las letras de aquellos que se ofrecían a pensar y escribir sobre el Derecho.

En algún momento entre los siglos vividos en la Baja Edad Media – moldeadas por el sudor de *Chronos* – las *pacta sunt servanda*<sup>20</sup> fueron fundidas a la noción de pecado.<sup>21</sup> Y de ese instante en adelante, imprudencia, impericia y negligencia – males que afligían, hasta entonces, exclusivamente a las almas de los infieles – van a ser vehementemente combatidas.<sup>22</sup> En el proceso en curso – aquí recortado a los fines reflexivos – ocupando una posición destacada, la culpa facultaba el castigo a ser infringido al causador del daño.<sup>23</sup> El arderá, por toda la eternidad, en el fuego alimentado por Mefistófeles.

La actividad de los glosadores y, más tarde, de los post-glosadores, auxilió en la difusión del papel atribuido a la culpa<sup>24</sup> en el derecho obligacional. Las interpolaciones por ellos construidas – conscientemente (o no) – distorsionaron la racionalidad pretérita impidiendo la aprehensión de la belleza escondida en innumerables imágenes esculpidas por la labor discontinua del tiempo y, de algún modo, influenciaron la tripartición de la culpa.<sup>25</sup>

Es factible apuntar así, en una apretada y peligrosa síntesis, que durante la Baja Edad Medieval, el Derecho Civil se preocupó mucho más por tutelar al causador del daño<sup>26</sup> que en evitar que el daño ocurriese o en promover la efectiva reparación de los intereses de los lesionados.

<sup>18</sup>SANTOS, Rogério Dultra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos da história do direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 214. “La institucionalización canónica de la dogmática [actuó como fuerte] elemento de construcción, manutención y manipulación de la verdad, fundamentadora de [la] política autoritaria impuesta por la Iglesia Católica en la Edad Media”.

<sup>19</sup> SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005. p. 26-38.

<sup>20</sup>DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: introduccion, teoria del contrato*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1996, v. 1. p. 120.

<sup>21</sup> COSTA, Álvaro Ferreira da. Responsabilidade sem culpa, *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 234-250, dez. 1956. p. 238.

<sup>22</sup>TOMÁS DE AQUINO. *A prudência: a virtude da decisão certa*. Trad. Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 76-88.

<sup>23</sup>BUERES, Alberto Jesus. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 13.

<sup>24</sup>CAENEGEM, Raoul C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 71. Es curioso notar que los glosadores no tenían como cuestionar “la doctrina del *Corpus iuris*, porque expresaba la *ratio scripta* [y] cualquier atentado a los textos era, por lo tanto, algo destituido de razón y sentido [incluso porque no era visto] como el producto de una civilización determinada; lejos de considerarlo un documento histórico, lo elevaron a la categoría de modelo universal y eterno, de revelación”.

<sup>25</sup>TALAMANCA, Mario. Colpa. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1960, v. 7. p. 523.

<sup>26</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 76. “Con el pecado y la punición siendo los principales instrumentos del pensamiento en la caja de herramientas de la razón, la desintegración y la expiración constituyeron las rutinas naturales y seguras a emplear en la búsqueda de inmunidad en relación al mal y en la lucha para expulsarlo del mundo de los humanos”.

El advenimiento de la Edad Moderna trasladó consigo (a) el racionalismo, (b) el humanismo y (c) el mercantilismo y, curiosamente, en vez de repelerla, atribuyó a la culpa un papel relevante en la arquitectura jurídica del deber de reparar.<sup>27</sup>

La burguesía a la época en ascensión, enalteció la culpa al percibir que ella serviría de puente de acceso al poder económico y (o) a la dominación política.<sup>28</sup> Algunos siglos más tarde, el papel imputado a la culpa por las primeras codificaciones civiles reforzó tal percepción al punto de, en el inicio del siglo XIX, presentarse ella – maliciosamente, tal vez – como el único factor de imputación del deber de reparar.<sup>29</sup> Irguiéndose aquí como un defecto – una falla en el ámbito de la voluntad<sup>30</sup> – que impedía y (o) dificultaba el desempeño de la conducta necesaria para el cumplimiento de un programa obligacional cualquier, la *culpa* presuponía la consciencia de los riesgos existentes antes del desempeño de una conducta únicamente proyectada y sin la cual no haría cómo imputar a alguien la calificación de hereje.

El subjetivismo reinante, en aquel tiempo, como vector conformador del deber de reparar, parecía *metodológicamente* informado por otro subjetivismo, ese ligado a la identificación de lo que podría (o no) llegar a ser considerada una conducta llena de culpa.<sup>31</sup>

Ocurre que, a pesar de la afinidad entre el modelo subjetivo de significación de la culpa y la perspectiva concreta que debería conducir a su apreciación en cada situación que lo exigiese, un sector sustancial de la doctrina subjetivista apuntaba a la necesidad de atribución de una eventual conducta culposa a partir de moldes abstractos<sup>32</sup> – distanciando el derecho de la vida y la vida de los derechos – recurriendo a un método basado en la comparación de lo habido con una imagen previamente formulada, bajo una tela imaginaria, retratando la pintoresca figura del buen padre de familia.

Curiosamente (a) la dificultad en la atribución de la ausencia (o no) de habilidad o aptitud para anticipar consecuencias que solamente podrían ser identificadas en cada hecho de la vida, (b) la complejidad que implica la selección de las características que permitirían apuntar como culposa (o no) una determinada conducta<sup>33</sup> y (c) las dudas que encierran la elección de quien habría de elegir las marcas regulatorias para atribuir (o no) en lo que consiste una conducta llena de culpa, fueran hechos que, en vez de sepultarla, cambiaran su significación.

Se optó por vestir y maquillar – tal vez disfrazar – la culpa.

<sup>27</sup> SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005. p. 17.

<sup>28</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 193-224.

<sup>29</sup> GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 324.

<sup>30</sup> CORSARO, Luigi. Colpa e responsabilità civile, *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, n. 2, p. 270-310, 2000. p. 277-279.

<sup>31</sup> MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português: das obrigações*. Coimbra: Coimbra, 1925, v. 2. p. 114.

<sup>32</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, v. 2, t. 1. p. 423.

<sup>33</sup> LIMA, Alvino, *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999. p. 57. “Tenemos una obligación legar de actuar con prudencia y diligencia en todos los actos de nuestras actividades; sería imposible fijar los principios o reglas de esta conducta, o determinarlos para cada individuo particularmente [...] tal sistema subjetivo de responsabilidad, además de insustentable y deficiente, traería dificultades prácticas insuperables”.

Conforme avanzó el siglo XX, *aquella culpa* forjada a lo largo de aproximadamente 1500 años sufrió una metamorfosis.<sup>34</sup>

El modelo abstracto de atribución de la culpa se tornó la regla, limitando la realidad. La culpa se tornó un criterio psiconormativo-social.<sup>35</sup> Tal vez, más normativo y menos psíquico, conforme indica un *Chronos* que aún aprisionado en las entrañas del *Tártaro* favorece la génesis de un ser irrefutablemente teratológico: *la culpa objetiva*.<sup>36</sup>

Signo mantenido.

Significado, una vez más, reconstruido.

Equivocadamente significado, entre tanto, por el sentido común de los juristas. La afirmación de que la culpa consiste en el “desvío de un patrón esperado de conducta de alguien que actúa de buena fe y diligentemente”<sup>37</sup> se torna discurso común, aunque no se apunte que patrón sería ese.

Se eleva el concepto normativo de culpa. Ella pasa a ser identificada en razón de exigencias pre normativas y pasa a ser descripta como el error de conducta en el cual alguien diligente no incidiría, si viviese circunstancias semejantes.<sup>38</sup>

En poco tiempo, mero desvío de conducta.

Culpado es todo aquel que no respeta un protocolo establecido previamente.

Tal percepción trae consigo, al menos, cuatro problemas: (a) saber cuál es el modelo a ser utilizado, (b) descubrir cuántas molduras hay, (c) elegir quién hincará la cercanía que separará conductas informadas (o no) por la culpa, y, en fin, (d) apuntar qué deberes deberán ser respetados en cada hipótesis moldeada en el día a día de las relaciones sociales.

Construida a partir de miradas desprovistas de sensibilidad – bajo las lentes del normativismo jurídico – la culpa así pensada impide la comprensión detallada de las intersubjetividades inherentes a la situación concretamente establecida, despreciando momentos importantes en el desvelar de cada proceso obligacional.

La fusión de las significaciones atribuidas socialmente a la *culpa* y a la *antijuridicidad* hace desaparecer, por completo, la utilidad de aquella. Comportamientos que traicionan sus comandos son antijurídicos, pero no siempre culposos.

La culpa fue transformada en instrumento retórico.

Tornada un adorno, sin utilidad alguna.

Y, paradójicamente, los doctrinarios responsables por identificar signos tan distintos como la *culpa* y la *violación de deberes de conducta* son los principales compositores, sin que lo perciban, aun siendo tan libres<sup>39</sup>, de las primeras estrofas de réquiems *brindando la muerte de la culpa*.

Ignoran que el deber de reparar daños contractuales presupone, apenas, (a) la existencia de un contrato, (b) la violación de un deber contractual – percibido en los

<sup>34</sup> En ausencia de un término mejor, porque factores extremos motivaron la resignificación de ese signo.

<sup>35</sup> AGOGLIA, María Martha; BORAGINA, Juan Carlos; MEZA, Jorge Alfredo. *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003. p. 73-76.

<sup>36</sup> VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007. p. 62-63.

<sup>37</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 43.

<sup>38</sup> HINESTROSA, Fernando. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. In: GESUALDI, Dora Mariana (Coord.). *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. p. 1095.

<sup>39</sup> SARTRE, Jean-Paul. *A náusea*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 136. “Existo porque pienso... y no puedo impedirme pensar”

casos de mora, incumplimiento, cumplimiento imperfecto o infracción a los deberes generales de conducta, denominados también, laterales, anexos o fiduciarios – , (c) el daño – pensado, aquí, como lesión de un interés jurídicamente protegido – y (d) el nexo causal atando uno y otro.

¡Nada más!

Por más difícil que sea percibirlo, hoy la culpa no tiene lugar alguno en el proceso de atribución del deber de reparar daños nacidos de la violación de un deber contractual. La cuestión se aclara cuando se tiene en mente una relación de consumo. Se torna aún más perceptible en la transición de la responsabilidad civil a un derecho de daños, tan bien trabajado por los maestros Argentinos.<sup>40</sup>

Hoy, el raciocinio jurídico debe ser influenciado por la necesidad de evitar el daño y, como eso no siempre será posible, de repararlo, siendo oportuno apuntar además, que en algunas ocasiones, tal deber podrá ser impuesto aunque no haya daño. Así, en vez de intentar demostrar qué comportamiento irresponsable provocó un daño, bastará demostrar que la lesión está conectada al acto o actividad que lo hizo surgir en el campo fenomenológico. De allí nacerá el deber de reparar. Es fundamental entender cuán importante es vivir la lógica del Principito: *Tú te tornas eternamente responsable por aquello que cautivas*.

Y, si no eternamente, por lo menos durante el desvelar del proceso obligacional nacido del contrato o del contrato social calificado. Es preciso aceptar – se afirma una vez más – que decir culpado a todo aquel que no cumple un deber preexistente<sup>41</sup> agota cualesquier posibilidades contenidas en la idea de culpa, transformándola en un adorno inútil.

En ese contexto, la culpa es un mito, un monstruo creado por *Chronos*...

Que cada uno cargue las suyas...<sup>42</sup>

### Bibliografía

AGOGLIA, María Martha; BORAGINA, Juan Carlos; MEZA, Jorge Alfredo. *Responsabilidad por incumplimiento contractual*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

ALTERINI, Atílio Aníbal. *Estudios de derecho civil: conceptos, contratos, consumidor, derecho de daños*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

AMARAL, Francisco. *Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro: permanência ou superação de paradigmas romanos?*, Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 64-95, jul./dez. 1992.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Responsabilidade e teoria da justiça contemporânea*. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coord.). *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>40</sup> ALTERINI, Atílio Aníbal. *Estudios de derecho civil: conceptos, contratos, consumidor, derecho de daños*. Buenos Aires: La Ley, 2007. BENÍTEZ, Elsa. La revolución industrial y el derecho de daños: sus consecuencias. In: GHERSI, Carlos Alberto (Dir.). *Responsabilidad objetiva: el artículo 1113 y la ley 24.999*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999. BUERES, Alberto Jesus. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

<sup>41</sup> WILSON, Carlos Pizarro. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 31, p. 255-265, jul./dez. 2008. p. 263.

<sup>42</sup> FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Porto Alegre: LP&M, 2013. p. 118.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENÍTEZ, Elsa. *La revolución industrial y el derecho de daños: sus consecuencias*. In: GHERSI, Carlos Alberto (Dir.). *Responsabilidad objetiva: el artículo 1113 y la ley 24.999*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BUERES, Alberto Jesus. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

CAENEGEM, Raoul C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

CARRILHO, Cristiano. *Manual de história dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013.

CORSARO, Luigi. *Colpa e responsabilità civile*, Rassegna di Diritto Civile, Napoli, n. 2, p. 270-310, 2000.

COSTA, Álvaro Ferreira da. *Responsabilidade sem culpa*, Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 234-250, dez. 1956.

D'ALMEIDA, Luiz Duarte. *A culpa em Roma e o direito penal: notas de reflexão para uma oral de melhoria de direito romano*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v. 40, n. 1/2, p. 317-321, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Fundamentos del derecho civil patrimonial: introducción, teoría del contrato*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1996, v. 1.

GIORGIANNI, Michele. *L' inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1975.

HINESTROSA, Fernando. *Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones*. In: GESUALDI, Dora Mariana (Coord.). *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*, Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, jul./dez. 2000.

LIMA, Alvino, *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, v. 2, t. 1.

MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do direito civil português: das obrigações*. Coimbra: Coimbra, 1925, v. 2.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005.

SANTOS, Rogério Dultra dos. *A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos da história do direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARTRE, Jean-Paul. *A náusea*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SCHIPANI, Sándro. *Análisis de la culpa en Justiniano 4,3*. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

SURGIK, Aloísio. *O cristianismo e a formação do direito medieval*, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 156-167, out./dez. 1983.

TALAMANCA, Mario. *Colpa*. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1960, v. 7.

TOMÁS DE AQUINO. *A prudência: a virtude da decisão certa*. Trad. Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *História externa e interna do direito romano*, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 13, n. 49, p. 74-89, jul./set. 1989.

VEYNE, Paul. *O império romano*. In: VEYNE, Paul. *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, v. 1.

VITA NETO, José Virgílio. *A atribuição da responsabilidade contratual*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3 ed. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILSON, Carlos Pizarro. *La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, n. 31, p. 255-265, jul./dez. 2008.

# Enajenante y adquirente en la segunda década del siglo XXI entre las recientes intervenciones normativas. \*

por Lorenzo Mezzasoma<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Evolución del contrato de compraventa. 2.- La influencia de la Unión Europea en la evolución del contrato de compraventa en términos de protección al consumidor. 3.a.- Las medidas internas en materia de compraventa: hacia la protección del comprador *tout court* en la compraventa de inmueble a construir (D.lg. n. 122 de 2005). 3.b.-Aspectos críticos. 3.c.-Las recientes modificaciones legislativas. 4.- Conclusiones.

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo analizar la evolución del contrato de compraventa y la influencia que sobre este ha tenido la normativa relativa a la protección del consumidor, centrándose en un estudio crítico de las medidas internas adoptadas en materia de compraventa de inmueble a construir.

**Abstract:** This article aims to analyze the evolution of the sales contract and the influence that the regulations on consumer protection have had on it, focusing on a critical study of the internal measures adopted in terms of the sale of property to be built.

## 1.- Evolución del contrato de compraventa

La riqueza de las intervenciones normativas, la densidad de las aportaciones jurisprudenciales y la vivacidad de las contribuciones doctrinales hacen que parezca oportuno en estos tiempos reflejar, en un marco sistemático, el tema "clásico" de la compraventa, tratando de analizar los principios fundamentales y de identificar las peculiaridades y las modificaciones.

El primer fenómeno que hay que considerar es el proceso de erosión que el modelo codificador de la compraventa ha sufrido.

En el momento en que se promulgó el Código, la venta ocupaba una posición casi solitaria en el ámbito del intercambio de bienes. Sólo iba acompañado de la permuta -un esquema que, como es bien sabido, se utilizaba poco en los sistemas económicos más evolucionados y por lo tanto en declive- y el suministro, por el contrario, en progresivo auge.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Privado (s.s.d. IUS/01) en el Departamento de Economía de la Universidad de Perugia. Fundador y coordinador del Doctorado Internacional de Investigación (doble Licenciado por la Universidad de Salamanca) en Derecho del Consumo (ciclo XXX) de la Universidad de Estudios de Perugia. Coordinador/árbitro de Convenciones de la Universidad de Perugia, para actividades de investigación en el área de derecho civil, con las Universidades de Barcelona, Castilla La Mancha, Valencia, Almería, Río de Janeiro. Designado (por el Consejo Superior de la Magistratura) en febrero de 1998 Juez honorario con el desempeño de estas funciones en el Tribunal de Perugia, sección civil, hasta 2005.

**Palabras clave:**

Contrato - Consumidor - Inmueble

**Keywords:**

Contract - Consumer - Property

Este panorama ha comenzado además a modificarse como consecuencia de las profundas transformaciones acaecidas en el sistema de producción de bienes -con la transición de la producción artesanal a la producción industrial masiva-, los cambios en las técnicas de comercialización y colocación de productos y la difusión de los fenómenos de integración industrial y comercial; factores de los que se ha extraído la savia de esos esquemas contractuales comúnmente conocidos como contratos de distribución.

Alrededor de los años 70 se vuelve claramente perceptible el distanciamiento del origen de la compraventa de figuras negociales, legalmente atípicas, cuya difusión parece estar ligada a las transformaciones de los sistemas de distribución de los productos e incluso antes al fenómeno de la producción en serie. Florecen, de este modo, aquellos que pronto son llamados los "nuevos contratos": entre ellos, "la concesión" y "el *franchising*", que vienen a ocupar espacios en el pasado cubiertos por la venta y la comisión de venta y que en algunos segmentos del mercado acaban sustituyendo al antiguo contrato.

Comprender las líneas de la evolución normativa en materia de compraventa es una empresa no del todo sencilla, desde el momento que este contrato presenta tal variedad de cualidades y riqueza de perfiles e influenciado, directa o indirectamente, por las innovaciones legislativas relativas a los más diversos sectores del sistema positivo.

No es superfluo señalar que la nueva normativa ha llegado tras una prácticamente total desidia del legislador durante cerca de cincuenta años: de hecho, las primeras intervenciones normativas se produjeron en los años 90 y recibieron el impulso más importante de las aportaciones del derecho europeo.

Si bien no se puede captar el diseño orgánico que subyace a las diversas innovaciones legislativas, se puede, sin embargo, identificar algunos objetivos comunes para las diversas intervenciones que guían la mano tanto del legislador interno como del comunitario. La finalidad que caracteriza fundamentalmente a las diversas medidas legislativas parece ser la de garantizar una mayor protección al comprador y, en particular, al comprador que contrata en una posición de debilidad contractual: el destinatario de esta normativa, de hecho, es predominantemente el consumidor.

## **2.- La influencia de la Unión Europea en la evolución del contrato de compraventa en términos de protección al consumidor**

Si bien es cierto que la Unión Europea tenía como objetivo fundamental la creación de un espacio económico común entre los Países adherentes, no se le escapa a la razón su gran interés por elaborar un marco común para la protección de la parte contratante débil. El consumidor y el usuario, en realidad, son los destinatarios finales de los bienes producidos o de los servicios prestados dentro del espacio común europeo y, por lo tanto, son valorados como agentes del mercado. Todo esto ha llevado a una incesante producción normativa destinada a hacer que la parte contratante más débil no sea un sujeto pasivo que sufre los efectos de las negociaciones en las que no participa para decidir sino, por el contrario, una parte activa que, con sus elecciones conscientes, guía el mercado en un sentido justo. Esta intención constante del legislador comunitario -y del legislador interno en la fase de transposición- ha encontrado, sin embargo, actitudes que no siempre son

constantes<sup>2</sup>. Las políticas de la denominada armonización mínima se han intentado - aunque con resultados no del todo satisfactorios- sustituir por un enfoque dirigido a la creación de una armonización máxima entre las legislaciones nacionales<sup>3</sup>. En un principio, las directivas europeas, si bien describían un marco común de objetivos que debían alcanzar todos los Estados miembros, seguían dejando cierto margen de discreción a los Estados miembros en la elaboración de sus normas internas de transposición<sup>4</sup>, pero nos hemos orientado, actualmente, hacia directivas más detalladas que tratan de determinar no un marco común de objetivos sino, más bien, una disciplina común del sector<sup>5</sup>.

Las razones de esta evolución deben encontrarse, en términos de política general, en la constatación de que las políticas anteriores de armonización mínima habían conducido a una transposición diferente de las disposiciones comunitarias en cada uno de los Estados miembros, que, de hecho, tuvieron que aplicar reglamentaciones en parte diferente recreando esa "territorialidad" del derecho que obstaculizaba la plena y libre circulación transfronteriza de bienes y servicios<sup>6</sup>.

Este cambio de enfoque de la política legislativa a nivel comunitario, ya presente en el Libro Verde publicado por la Comisión Europea el 8 de febrero de 2007<sup>7</sup>, apareció aún más nítido en el siguiente Libro Verde de 1 de julio de 2010 "sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas" [COM(2010)348] que, de manera aún más pronunciada, destacaba la necesidad de crear un derecho contractual común entre los distintos Estados miembros<sup>8</sup>.

\* Traducido por Roberto Martín López doctorando en "Diritto dei consumi" en Università degli Studi di Perugia - Universidad de Salamanca

<sup>2</sup> V. la recreación de E. CATERINI, *La terza fase del «diritto dei consumi»*, en G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA y V. RIZZO (coords.), *Il diritto dei consumi realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 21 ss..

<sup>3</sup> Sobre la cuestión, R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, en *Foro it.*, 2012, V, c. 177 s.; G. BERTI DE MARINIS, *Consumer protection, economic relations and European harmonization in the Italian perspective: the new regulation of door to door contracts and distance contracts*, en *The Modern Lawyer. International Scientific-Practical Journal*, 2015, p. 91 ss.

<sup>4</sup> La razón de ello radicaba en la originaria reticencia de los Estados para aceptar una delegación tan incisiva en su poder regulador sobre materias extremadamente delicadas -como la regulación de los contratos- y que se veían afectados de manera muy evidente por la cultura jurídica establecida en cada uno de los Estados miembro.

<sup>5</sup> Cfr., P. FOIS, *Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni. Valutazione critica di una tendenza in atto*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 237 ss. Elementos de reflexión también en G. ALPA, I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo, en *Contr. impr.*, 2013, p. 825 ss.

<sup>6</sup> F. MAZZASETTE, *Il codice del consumo tra diritto interno e diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 46 ss.; M.T. KAWAKAMI, *Adjusting EU Consumer Protection Mechanisms to the Needs of Private Actors: Collaborative Consumer Protection and the Ex Ante Avoidance of Conflict*, en *European Review of Private Law*, 2013, p. 1255 ss. Contra, sólo, T. WILHELMSSONT, *The Abuse of the Confident Consumer as a Justification for EC Consumer Law*, en *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 317. Del mismo modo, se ha señalado que las políticas de armonización máxima pueden conducir a una disminución de la protección prevista en el interior de cada uno de los distintos Estados miembros hacia standards de protección menos favorables para el consumidor, ZIMMERMANN, *Diritto privato europeo: "Smarrimenti, disordini"*, en *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 7 ss.

<sup>7</sup> Observaciones sobre la cuestión en G. PAISANT, *La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs – A propos du Livre vert du 8 de février 2007*, en *JCP*, 2007, I, p. 152; G. ALPA y G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, en *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 159.

<sup>8</sup> E. BATTELLI, *Il nuovo diritto europeo nell'ambito della strategia Europa 2020*, en *Contratti*, 2011, p. 1065; C. TWIGG-FLESNER, *Good-gye harmonisation by directives, hello cross-border only regulation? – A way forward for EU consumer contract law*, en *European Review of Contract Law*, 2011, p. 235

La necesidad de determinadas reglas que, a nivel contractual, facilitaran las relaciones transfronterizas<sup>9</sup> y que, al mismo tiempo, tuvieran en consideración las concretas necesidades de protección de la parte contratante tutelada, constituyó el núcleo de la propuesta de directiva “sobre los derechos de los consumidores” de 8 de octubre de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>10</sup> la cual, influida precisamente por las reflexiones contenidas en el Libro Verde de 2007, se proponía el objetivo inicial de intervenir mediante una política de armonización máxima<sup>11</sup> sobre cuatro<sup>12</sup> de las ocho directivas iniciales que debían ser objeto de reforma<sup>13</sup>. En este contexto, deben evaluarse las medidas europeas introducidas por la Directiva 2011/83/UE<sup>14</sup>. La intervención en cuestión, que reforma íntegramente las

<sup>9</sup> No parece casual que, precisamente en el contexto de la evolución arriba indicada, se enmarque la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea (CESL: *Common European Sales Law*) que, ya en fase de aprobación, demuestra el interés de crear un derecho contractual común precisamente sobre aquellas figuras que representan el núcleo de la actividad de intercambio. Al respecto v. G. D’AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di vendita?*, en *Contratti*, 2012, p. 611 ss.; M.B.M. LOOS y H. SCHELHAAS, *Commercial sales: The Common European Sales Law Compared to the Vienna Sales Convention*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 105 ss.; S. PAGLIANTINI, *Art. 67 – Tutela in base ad altre disposizioni*, en G. D’AMICO, *La riforma del codice del consumo*, Padova, 2015, p. 439 ss. y ahora, ampliamente, las contribuciones contenidas en el volumen L. MEZZASOMA, V. RIZZO y E. LLAMAS POMBO (coords.), *La compravendita: realtà e prospettive*, Napoli, 2015, *passim*.

<sup>10</sup> Esta es la COM(2008)614 def. Sobre tal propuesta, v. M. DONA, *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, en *Obbl. contr.*, 2009, p. 582; G. HOWELL y R. SCHULZE, *Overview of the Proposed Consumer Right Directive*, en G. HOWELL y R. SCHULZE (coords.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, 2009, p. 3; W. MICKLITZ y N. REICH, *Crónica de una muerte anunciada: the Commission Proposal for a “Directive on Consumer Rights”*, en *Common Market Law Review*, 2009, p. 471.

<sup>11</sup> Pone de relieve como la propuesta de directiva en cuestión era una expresión de esta misma tendencia para establecer un acercamiento máximo a las disposiciones en materia de consumo vigentes en cada uno de los Estados miembros, U. PACHAL, *The future of EC consumer legislation*, en *Consumatori, diritti e mercato*, 2009, 14, p. 19.

<sup>12</sup> La propuesta de directiva tenía se refería a la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 97/7/CE sobre los contratos a distancia y la Directiva 99/44/CE sobre las garantías en la venta de bienes de consumo.

<sup>13</sup> El Libro Verde de 2007 preveía la reforma de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>14</sup> Sobre esta importante intervención regulatoria de origen comunitario, G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, en V. ROPPO e A. D’ANGELO (coords.), *Annuario del contratti*, Torino, 2012, p. 30 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il neo formalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vielle renouvelée*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, p. 325 ss.; G. D’AMICO, *Introduzione*, en ID. (coords.), *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 3; V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, en *Le Corti Umbre*, 2016, p. 86 ss.; L. MEZZASOMA, *Recensión de la obra de Giovanni D’Amico, La riforma del Código de Consumo. Commentario al D. Leg. 21/2014*, Padova, 2015, en *Práctica de Derecho de Daños*, n. 125, 2015.

normas sobre los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, deroga las dos directivas anteriores en la materia sobre la cuestión, en particular, la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y la Directiva 97/7/CE sobre la regulación de los contratos a distancia<sup>15</sup>. Esta intervención, que si bien no se refiere directamente a la compraventa, se centra en particulares modalidades de celebración de los contratos (a distancia o negociados fuera de locales comerciales), representa, sin embargo, un paso fundamental en el desarrollo del derecho europeo sobre este punto y es evidente que, desde un punto de vista cuantitativo, es particularmente frecuente que con tales modalidades de celebración se formalicen precisamente los contratos de compraventa de bienes muebles.

En la misma línea, y mucho más recientemente, cabe señalar la contribución que ha hecho al desarrollo de las normas de la compraventa la Directiva 771/2019/UE sobre las garantías de los bienes de consumo. Esta última intervención también forma parte del marco de reforma descrito anteriormente.

La reglamentación europea de la compraventa de bienes de consumo ha sido comentada en un gran número de contribuciones publicadas en Italia, en los países de la Unión Europea y también en países no europeos, dada su enorme importancia para la circulación de bienes en el mercado interior, para la enunciación de los derechos del consumidor, para la resolución de controversias entre consumidores y vendedores pertenecientes a diferentes Estados Miembros de la Unión. El corazón de la nueva Directiva viene dado por el proyecto de una normativa común de compraventa (CESL) con el que terminó el período de la codificación europea del derecho civil: un proyecto muy ambicioso que podría haber asegurado a los ciudadanos de los 28 países una disciplina uniforme de las relaciones privadas, suspendida en 2014 debido a la oposición mostrada por algunos Estados -en particular el Reino Unido, Francia y los Países Bajos- a una codificación unitaria. Esto es por varias razones: la hostilidad de los *common lawyers* hacia cualquier forma de codificación, a pesar de que la pertenencia a la Unión había dado lugar a la introducción de un gran número de *regulations* en aplicación de las directivas de la UE, a fin de mostrar la "europeización" del *common law*; la hostilidad de los juristas franceses, empeñados en reformar el *Code Napoléon*, con la esperanza de difundir el modelo francés en detrimento de los demás modelos, incluso en los litigios de arbitraje; la hostilidad de los juristas holandeses, leales a un código nacional recientemente renovado y por lo tanto considerado moderno y no sustituible por otras normas. De ahí la decisión de la Comisión Europea de restringir el alcance de la normativa común y concentrarla sobre el contrato más extendido y esencial para los intercambios comerciales, dejando al margen cualquier intento de armonizar las normas generales del contrato y las demás instituciones del derecho civil.

---

Cabe señalar también que esta importante directiva ha sido recientemente reformada por la Directiva 2019/2161/UE con el fin de aumentar la protección de los consumidores en lo que respecta a los remedios y las sanciones.

<sup>15</sup> Sobre la derogación de las dos directivas por la Directiva 2011/83/UE, v. G. DE CRISTOFARO, *I contratti conclusi «a distanza» e «fuori dei locali commerciali»: area di applicazione della disciplina*, en *Tratt. contr.* Dirigido por V. ROPPO y A.M. BENEDETTI, V, Milano, 2014, p. 63 ss. En cuanto a la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, el legislador comunitario se limita a insertar adiciones marginales a través de los arts. 32 y 33 de la Directiva 2011/83/UE.

Si parecen, en su conjunto, escasas las novedades introducidas por esta Directiva en comparación con la anterior de 1999, tal intervención se advierte, en particular, por el intento de eliminar las diferencias de aplicación que la transposición de la primera Directiva había producido dentro de los distintos Estados Miembros.

El proyecto de una nueva regulación de la compraventa, en la redacción del 27 de febrero de 2018 (PE 593.817v04-00), proponía eliminar los últimos obstáculos todavía existentes en la legislación de los Estados miembros en materia de ventas al consumidor, debido a una reducida armonización, y por lo tanto proponía ampliar la armonización a los requisitos esenciales del contrato de compraventa. Como se indica en el informe del proyecto, las divergencias se referían a múltiples aspectos de la disciplina.

En cuanto a la falta de conformidad, la Directiva de 1999 disponía que el consumidor podía solicitar primero la reparación o la sustitución de los bienes y sólo después la resolución y la indemnización del daño<sup>16</sup>. Sin embargo, sólo dieciséis Estados miembros, entre ellos Italia<sup>17</sup>, han seguido este enfoque, mientras que seis Estados miembros<sup>18</sup> han ido más allá del requisito mínimo, ofreciendo al consumidor la libertad de elegir desde el principio entre la reparación, la sustitución, la reducción del precio o la resolución del contrato. Diez Estados Miembros han previsto la libre elección del remedio<sup>19</sup>, mientras que cuatro de ellos han restringido esta libertad en virtud del derecho de corrección del vendedor u otras condiciones, lo que ha dado lugar a efectos casi similares a los de la jerarquía de remedios<sup>20</sup>.

Todo esto ha estado en la base de la necesidad de intervenir una vez más en la regulación de la compraventa de bienes de consumo mediante una directiva que, si bien no innova de manera sustancial en la regulación de la garantía, es de suma importancia dada la mayor capacidad de armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros<sup>21</sup>.

La misma, de hecho, se está situando de manera decisiva dentro de las nuevas políticas normativas europeas, cada vez más atentas a la necesidad de crear un mercado europeo de bienes y servicios de consumo que garantice al consumidor europeo el mismo nivel de protección en todos los Países de la Unión. Un mercado común no podrá más que regirse por normas comunes. La transición de la armonización mínima a la armonización plena en la Directiva 771/2019 debe considerarse realizada. Al mismo tiempo, no puede ignorarse que también en esta medida parece confirmarse la tendencia a comprender al consumidor en un sentido cada vez más amplio<sup>22</sup>. En el considerando 22, en lo que respecta a las compras

<sup>16</sup> Respecto al cual, para concluir v., E. LLAMAS POMBO, *La falta de conformidad en la venta de consumo*, en curso de impresión.

<sup>17</sup> Junto con Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Lituania, Malta, Holanda, Rumania, Eslovaquia, España y Suecia.

<sup>18</sup> Croacia, Hungría, Grecia, Lituania, Portugal y Eslovenia.

<sup>19</sup> Croacia, Dinamarca, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Eslovenia.

<sup>20</sup> Dinamarca, Estonia, Luxemburgo y Polonia.

<sup>21</sup> Cfr. la contundente redacción del artículo 4 de la Directiva 771/2019: "Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva". De contenido análogo es también el art. 4 de la Directiva 770/2019.

<sup>22</sup> Sobre tal problemática v., por último, L. MEZZASOMA, *El contratante protegido en los contratos de turismo organizado: del consumidor al viajero*, en L. MEZZASOMA y M.J. REYES LÓPEZ (coords.), *Turismo y daños*, Cizur Menor, 2019, p. 157 ss.

"promiscuas" utiliza el término "predominante" con referencia al acto realizado -y no "absolutamente marginal", como en el pasado<sup>23</sup>- a fin incluir al consumidor cual sujeto tutelado<sup>24</sup>.

### **3.a Las medidas internas en materia de compraventa: hacia la protección del comprador *tout court* en la compraventa de inmueble a construir (D.lg. n. 122 de 2005)**

El germen normativo a nivel europeo no debe, sin embargo, hacer perder de vista las importantes medidas adoptadas por los distintos legisladores nacionales en materia de compraventa. A pesar de la ausencia de un impulso específico del legislador europeo, particularmente fuerte ha sido la atención del Parlamento italiano hacia las exigencias de protección del comprador dentro de específicos y concretos contratos de compraventa.

De particular interés, desde este punto de vista, es la regulación de la venta de bienes inmuebles en construcción, que está contenida en una norma que entró en vigor en 2005 (se trata del D.lg. n. 122 del 2005 relativa a "*Disposizioni a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*"<sup>25</sup>) que, también por la profunda crisis que ha golpeado a nuestro país, ha tenido una amplia aplicación. A pesar de la necesidad de mantener viva y estimular las transacciones sobre inmuebles en construcción, se planteaba, sin embargo, el problema de asegurar al comprador que, una vez que invertía sus ahorros para adquirir una propiedad, se encontraba expuesto a los riesgos asociados a las situaciones de crisis de la empresa constructora que, de hecho, impedían la finalización de la obra<sup>26</sup>.

En primer lugar, cabe señalar que la necesidad de proteger a la parte más débil y de garantizar un equilibrio sustancial ha llevado a una revisión a fondo del contrato de compraventa, con el objetivo de garantizar un equilibrio significativo entre las partes y la consiguiente comprensión de la autonomía negocial, en la percepción de que los amplios espacios de libertad existentes han dado lugar a que una parte se aproveche de la otra. Frente a la compraventa entendida tradicionalmente, *ex art. 1470 c.c.*, leyes especiales han introducido normas derogatorias específicas que se han referido a la venta de bienes muebles de consumo y, en sentido amplio, a la multipropiedad; de modo que hoy -como se ha dicho- ya no se puede hablar de compraventa sino, como se ha afirmado con autoridad, de compraventas o de regímenes de la misma<sup>27</sup>. El hilo

<sup>23</sup> Tribunal de Justicia, 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, en Eur. dir. priv., 2005, p. 1135, con comentario de V. CRESCIMANNO, I «contratti conclusi con i consumatori» nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo, y en Corr. giur., 2005, p. 1381, con comentario de R. CONTI, La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di Giustizia.

<sup>24</sup> V., ampliamente, L. MEZZASOMA, Interpretación de los contratos de consumo en Italia, en actas "IX jornadas internacional de derecho de contratos", La Habana, 31 de enero 2020, en curso de impresión.

<sup>25</sup> Sobre la cuestión v., en primer lugar, las consideraciones de M. FABIANI, Nuove aspettative di tutela per i promissari acquirenti coinvolti nel fallimento dell'impresa costruttrice in una recente legge delega, en Foro it., 2004, I, c. 2845 ss.; S. TONDO, Tutela per gli acquirenti di immobili da costruire, en Riv. not., 2006, I, p. 1249 ss.; G. VETTORI, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti, en Obbl. contr., 2006, p. 105 ss.; G. VECCHIO, La tutela dell'acquirente nelle compravendite immobiliari "su pianta" o in costruzione, en C. IURILLI y G. VECCHIO (coords.), Il nuovo diritto dei consumatori, Torino, 2009, p. 392 ss.; G. ORLANDO, La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, en Contratti, 2011, p. 657 ss.

<sup>26</sup> A. RE y G. SCALITTI, La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire, Torino, 2006, p. 3 ss.; C.M. D'ARRIGO, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, en Riv. not., 2006, p. 911.

<sup>27</sup> V., A. LUMINOSO, *La compravendita*, 9ª ed., Torino, 2018, p. 7 ss.; E. LLAMAS Pombo, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 96 ss. y, espec., p. 106.

conductor de estas normativas ha sido el del acto de consumo y la protección del consumidor, en la búsqueda del equilibrio y la igualdad contractual<sup>28</sup>.

Sin embargo, es evidente que en las transacciones relativas a los inmuebles que aún no se han construido, las necesidades de protección de la parte más débil deben tener en cuenta otro aspecto, es decir, la ausencia del inmediato efecto traslativo característico de la venta misma, que se aplaza hasta el momento en que el bien existe<sup>29</sup>. Las principales consecuencias de la inexistencia del inmueble (por falta de construcción o terminación del mismo), conducen desde el punto de vista del código a la nulidad a que se refiere al art. 1472, apartado 2, c.c. Frente a ello, la parte débil de la relación, el comprador del futuro bien y, en este caso, del inmueble en construcción, debe tener garantizados sus propios derechos, entre los cuales destaca el efecto restitutorio. Y, entre las muchas cuestiones que se derivan, está la posibilidad de entrar en la disponibilidad de los anticipos pagados, posibilidad que a menudo parece comprometida cuando se produce una situación de crisis de la empresa vendedora-constructora. El problema se planteó, como parece evidente, en todos los casos en que un desembolso inmediato de dinero por parte del comprador de un inmueble en construcción fue acompañado de una transferencia no inmediata de la propiedad u otro derecho real a este último. Los efectos meramente obligatorios -y no reales- que se producen en tales circunstancias, determinaban en caso de crisis del constructor, no sólo la imposibilidad del comprador para obtener la terminación de la obra, sino también, si lo considera oportuno, la ejecución en forma específica de la obligación de concluir un contrato según el art. 2932 del Código Civil italiano<sup>30</sup>.

Y éste es precisamente el punto central que llevó al legislador a introducir la normativa protectora de 2005, que prevé un primer e inderogable nivel de protección orientado a la recuperación de las sumas ya pagadas. El hilo conductor de la legislación en cuestión, que, si bien establece importantes requisitos mínimos y aportaciones documentales con respecto al contrato preliminar, va más allá del mero reequilibrio de la relación y pasa a depender estrictamente de los derechos constitucionales subyacentes y, en este caso, de la necesidad de proteger el derecho al ahorro del comprador *ex* Art. 47 de la Constitución.

En este caso, la elección obligatoria ha sido ir más allá del acto de consumo, ya que la protección debe ir mucho más allá del consumidor por afectar a la persona como tal<sup>31</sup>. En realidad, no hay diferencia entre proteger el derecho al ahorro de quienes realizan un acto de consumo y quienes no lo hacen porque actúan como

<sup>28</sup> Sobre este punto, por último, G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, en *Contratti*, 2017, p. 87 ss.

<sup>29</sup> No es una coincidencia que, parte de la doctrina, propusiera la creación de una normativa europea uniforme sobre este punto. En este sentido, M. BASILE, *Per un diritto europeo a protezione degli acquirenti di immobili da costruire o da ristrutturare*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 78 ss.

<sup>30</sup> L. MEZZASOMA, sub *Art. 1*, en V. CUFFARO (coord.), *Codice del consumo*, 5ª ed., Milano, 2019, p. 1364 ss.

<sup>31</sup> Sobre la cuestión de la protección de quién parece ser, en el caso concreto que nos ocupa, el sujeto verdaderamente débil, véase lo que ya hace unas décadas escribió J.L. PERÉZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, 1993, Granada, p. 228, "Es un principio también orientador, general o mejor, informador del ordenamiento jurídico: el principio pro consumatore, de cuya existencia y reconocimiento son prueba las normas citadas. Si el Código recoge la premisa de que hay que proteger al deudor y lo hace porque se entiende que éste es el débil, el nuevo principio, proteger al consumidor; deben interpretarse, en su caso, las normas, de tal modo que lo benefician, porque él sí es, en los contratos de consumo, la parte más débil de la contratación, hasta el punto de que si no es débil, si actúa en plano de total igualdad, puede no ser, incluso, consumidor"

profesionales. El art. 47 de la Constitución no hace ninguna distinción y así no puede hacerlo el decreto legislativo de 2005, que también debería haber ido más allá de la protección de la persona física en general para incluir a las personas jurídicas. Así pues, el mecanismo de protección establecido por la ley viene dado por la obligación de emitir una póliza de garantía<sup>32</sup> a primer requerimiento<sup>33</sup> para garantizar todos los anticipos pagados por cualquier persona física compradora en un contrato que no produzca efectos traslativos inmediatos, accionable ante una crisis certificada de la empresa, mecanismo que parece responder a esta necesidad<sup>34</sup>. De hecho, para que esta garantía se considere una protección válida para el comprador, el legislador ha previsto expresamente que debe cubrir todos los anticipos de dinero o de otra utilidad<sup>35</sup> que el constructor reciba del comprador antes de la transferencia de la propiedad del inmueble en construcción. La garantía, por lo tanto, no se limita únicamente a las sumas pagadas antes o en el momento de la celebración del contrato relativo al inmueble que se va a construir, sino también a todas aquellas sumas que, en función del mismo negocio, el comprador se ha comprometido a ingresar en las arcas del constructor antes de la finalización de las obras<sup>36</sup>.

A tal finalidad, cabe reiterar, que también es necesario proteger el derecho a la vivienda constitucionalmente garantizado. Aunque este derecho no está expresamente consagrado en nuestro texto constitucional, una correcta interpretación de la norma fundamental debería conducir a su inclusión entre los derechos de la personalidad protegidos y garantizados por el art. 2 Cons.<sup>37</sup>. De hecho, parece evidente que la propiedad de una vivienda, también como centro de

<sup>32</sup> Las peculiares razones de protección reconocidas en las disposiciones mencionadas justifican que se afirme el carácter inderogable de las disposiciones, incluso si una posible derogación de la obligación de garantía se "equilibra" con un tratamiento económico más favorable para el comprador del inmueble en construcción. Los eventuales pactos derogatorios del marco legal deben, entonces, considerarse nulos. En este sentido, G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 117 s.; A. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, en *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 827.

<sup>33</sup> A este respecto, v. F. GALBUSERA, en G. SICCHIERO (coord.), *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, Padova, 2005, p. 78; R. TRIOLA, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente*, Milano, 2005, p. 84 s. En términos generales, L. RUGGERI, *La fideiussione*, en L. RUGGERI y S. MONTICELLI, *Garanzie personali*, en *Tratt. dir. civ. del Consiglio nazionale del notariato*, dirigido por P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 138 ss.

<sup>34</sup> Sobre este aspecto, v. Cass., de 29 de agosto de 2019, n. 21792, en *Il caso.it*, n. 22773, donde, en los fundamentos, se centra en la "causa concreta de la garantía emitida a favor de los futuros vendedores".

<sup>35</sup> Póngase el ejemplo de la permuta del terreno edificable a cambio del futuro apartamento que se construirá. En este caso, la póliza de garantía debe cubrir el valor de la propiedad transferida a favor del constructor que está obligado a construir el inmueble y, una vez terminada, a transferir parte del mismo al propietario original del terreno edificable.

<sup>36</sup> L. MEZZASOMA, sub *Artt. 2 - 3*, en V. CUFFARO (coord.), *Codice del consumo*, cit., p. 1387, en la que se señala que "a fin de evitar una fácil elusión de las nuevas normas, se decidió obligar al constructor a proporcionar una garantía adecuada para todo lo que se cobrará excluyendo únicamente lo que se le pagará al mismo tiempo que la transferencia del derecho de propiedad del inmueble: un primer depósito, tal vez reducido, cubierto por una póliza de garantía no exime de la obligación de una póliza que cubra los siguientes anticipos que podrían ser mucho más cuantiosos que el primero". Esta circunstancia exige la adopción de pólizas que garanticen un límite máximo igual a los anticipos que el comprador se compromete a pagar con una cobertura progresiva que crezca al crecer las cantidades efectivamente pagadas por el mismo en el curso de la relación que lo vincula al constructor. En este punto, F. MACARIO, en AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.lg. 122/2005 e prospettive*, Milano, 2006, p. 113; A. PAOLINI y A. RUOTOLO, *Alcuni aspetti problematici nel decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, en *Riv. not.*, 2005, p. 893; L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, p. 121 ss.

<sup>37</sup> Extensamente, sobre la cuestión, L. MEZZASOMA, *o.u.c.*, p. 215 ss. Cfr., además, C. ABATANGELO, sub *Art. 1*, en G. DE CRISTOFARO y A. ZACCARIA (coords.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2ª ed., Padova, 2013, p. 1511.

agregación de todo el núcleo familiar, sea un elemento de interés central para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad humana y, por lo tanto, de ver respetado el principio personalista integrado por la disposición constitucional antes mencionada<sup>38</sup>.

### 3.b. Aspectos críticos

Sin embargo, más de diez años después de la entrada en vigor de la ley, ha resultado que a menudo el constructor-vendedor, aprovechándose de compradores desprevenidos, no emite la mencionada póliza, sabiendo perfectamente (a falta de sanciones administrativas o penales) que a lo sumo se expondrá a una nulidad del contrato preliminar celebrado, nulidad que difícilmente podrá ser invocada por el comprador, dado que ante una situación de escasa solvencia del constructor, este recurso raramente garantizará la recuperación efectiva de las sumas abonadas por él. La elección del recurso de nulidad relativa<sup>39</sup>, sin embargo, no ha generado dudas menores en la doctrina y problemas de aplicación igualmente evidentes<sup>40</sup>. Si sólo se presta atención en la función protectora que cumple la garantía, efectivamente, se comprende que la sanción de nulidad por falta de entrega de la misma puede ser un remedio adecuado sólo para las sumas que el comprador está obligado a pagar antes de la transferencia del derecho de propiedad del inmueble en construcción, pero no, por el contrario, para las sumas que ya ha adelantado a favor del constructor. Mientras que en el primer caso el comprador tendría derecho a no pagar las sumas alegando la nulidad del contrato que plasmó las mencionadas obligaciones; en el segundo caso, al alegar la nulidad, se encontraría en la situación de poder pedir la restitución de las sumas ya adelantadas, pero contra una persona (el constructor) que con toda probabilidad no será solvente en ese momento. De hecho, no hay que olvidar que la garantía, aunque se preste, sólo operará en caso de que el constructor entre en una "situación de crisis". Sólo en ese momento, en realidad, se plantea el problema concreto de que el comprador evite el peligro de recuperar las sumas adelantadas a favor del constructor apoyándose sobre la garantía<sup>41</sup>.

Se ha dicho que corresponde al notario, al momento de la firma del contrato preliminar que se va a transcribir, verificar el cumplimiento de la ley y, por lo tanto, de la emisión de la póliza de garantía en cuestión. Pero debemos preguntarnos si esto está sucediendo realmente. En mi opinión, a menudo no es así y, para obtener un resultado efectivo para el comprador, las soluciones que excluyen una fuerte

<sup>38</sup> Para una correcta interpretación del art. 2 const., v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, passim.

<sup>39</sup> Sin embargo, cabe señalar que la doctrina afirma pacíficamente que la limitación expresa de la legitimación de actuar únicamente a las partes protegidas no excluye que, en caso de que la declaración de nulidad conlleve ventajas para la parte contratante protegida, la misma también pueda ser reconocida por el juez. A este respecto, con referencia específica a la hipótesis de nulidad establecida por el D.lg. n. 122 del 2005 por no haber emitido la fianza, G. RIZZI, *Commento al decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122*, en *Notariato*, 2005, p. 440; F. DI MARZIO, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente di immobili da costruire*, en *Dir. fall.*, 2006, p. 44 s.; L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, cit., p. 151; A. CILENTO, *L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona*, Napoli, 2010, p. 113 ss.; I. MASPEL, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*, en *Contratti*, 2017, p. 325 ss.

<sup>40</sup> Previamente, sobre la cuestión, v. S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobili da costruire (fra obbligo ed onere)*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 615.

<sup>41</sup> Sobre tales aspectos, v. ampliamente, G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 12; G. D'AMICO, *Vendita dell'immobile da costruire e fallimento*, en *Dir. fall.*, 2007, I, p. 243.

responsabilidad disciplinaria del notario (*ex art. 28 l. not.*)<sup>42</sup> ante los casos de nulidad relativa de la escritura deben ser absolutamente superadas<sup>43</sup>. Como ha señalado la doctrina autorizada, el notario debe estar sujeto a la obligación de un control generalizado de la legalidad comunitaria y constitucional que hace adoptar al art. 28 L. Not. un nuevo significado<sup>44</sup>.

También, en lo que respecta a la no emisión de la garantía, un contrato que incumple esta obligación principal conduce a una violación abierta del art. 47 de la Constitución. Se considera adquirido, también por la jurisprudencia, el hecho de que la evaluación de la *meritevolezza*, por un lado, debe ir más allá de los contratos atípicos a los que se refiere el art. 1322 c.c. y referirse también a los contratos típicos y, por otro lado, debe realizarse con una evaluación en positivo, en la verificación de la correspondencia a los principios y valores del sistema. Ejemplos de ello son, entre muchos otros, las numerosas sentencias de la *Corte di Cassazione* sobre los denominados contratos *for you* o en tema de cláusulas *claim made*<sup>45</sup>. Por eso me pregunto si un contrato en el que hay una omisión en el cumplimiento de la obligación de emitir la póliza de garantía exigida por la ley, supera el juicio de *meritevolezza*. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Por lo tanto, considerar, aún hoy, que la celebración de contratos preliminares que se transcriben en ausencia de la emisión de la póliza de garantía conduce consigo a limitar las responsabilidades disciplinarias del notario a la luz de las consecuencias que produce la celebración de escrituras afectadas por la nulidad relativa, es una solución que no parece aceptable; cabe, entonces, añadir que siempre existe el art. 135 L. Not., en su nueva redacción, que sanciona las omisiones de los deberes del notario que no dan lugar a la nulidad del acto. Sin duda, la solución propuesta para resolver la mencionada crítica es adecuada si las partes recurren a un contrato preliminar mediante escritura pública o privada autenticada, no resultaría como tal si las partes se limitaran a estipular el contrato mediante una simple escritura privada.

### 3.c. Las recientes modificaciones legislativas

La actualidad de la disciplina en cuestión ha llevado a la normativa a una nueva vida y a encontrar nuevos apoyos por efecto, de un lado, de la intervención del *Corte*

<sup>42</sup> Con especial referencia a la responsabilidad del notario en relación con los instrumentos de protección a los que se refiere el D.lg. n. 122 del 2005, v. N. DISTASO, *La responsabilità civile e disciplinare del notaio nel caso della violazione della legge sugli immobili da costruire*, en *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 53 ss. En general, A. FUSARO, *La responsabilità disciplinare del notaio per la redazione di atti invalidi*, en *Riv. not.*, 2012, p. 1075 ss.; F. TASSINARI, *La responsabilità disciplinare del notaio per atti ritenuti nulli da due consecutivi precedenti di legittimità*, en *Giur. comm.*, 2013, p. 678 ss.; I. PRISCO, *“Incertezze” applicative e responsabilità disciplinare del notaio ex art. 28 l. not.*, en *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 233 ss.; M. PIEMONTESE, *Art. 8, D.Lgs n. 122/2005: la responsabilità del notaio rogante*, en *Giur. it.*, 2017, p. 1054 ss.

<sup>43</sup> A pesar de que algunos creen que la responsabilidad disciplinaria del notario público a la que se refiere el art. 28 l. not. se aplica exclusivamente a los casos de escrituras afectadas de nulidad absoluta, cada vez es más evidente que esta responsabilidad se extiende también a las circunstancias en las que el contrato viciado se sanciona con una nulidad relativa. Para algunas referencias sobre el tema v. G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutele del contraente debole*, Napoli, 2013, p. 232 ss. y en la bibliografía citada. En general, sobre la problemática inherente a este respecto, v. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, en *Riv. not.*, 2010, p. 285 ss.; S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca*, en *Contratti*, 2011, p. 921 ss..

<sup>44</sup> P. PERLINGIERI, *La tutela del “contraente debole” nelle negoziazioni immobiliari. Tracce di un possibile Convegno*, en *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 746 ss.

<sup>45</sup> V., L. MEZZASOMA, *Trasparencia y merecimiento de protección el el moderno derecho de los contratos*, en *Revista crítica de derecho privado*, 2017, p. 291 ss.

*costituzionale*<sup>46</sup> y, por otro lado, de la reciente promulgación del D.lg. n. 14/2019, el denominado *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*<sup>47</sup>. Estas novedades están estrechamente vinculadas a algunas incoherencias que ya después de la entrada en vigor del D.lg. n. 122/2005 habían llamado la atención de la doctrina<sup>48</sup>, también con respecto a las soluciones adoptadas por el legislador que no parecían plenamente satisfactorias en relación con los objetivos perseguidos por él. Ciertamente, una protección aún más amplia que la prevista por el legislador en 2005 debería haber llevado a reflexionar tanto sobre el hecho de que la garantía "principal", es decir, la fianza, no debería funcionar sólo en el caso de que el vendedor se haya encontrado en una situación de crisis, sino también en otros casos en los que el efecto traslativo no se pueda producir - por ejemplo, en el caso de resolución del contrato solicitada por el comprador debido al incumplimiento del contrato por parte del vendedor, que no ha cumplido el plazo de entrega considerado esencial, o no ha construido el edificio con las características prometidas, de conformidad con el art. 1497 c.c., o incluso en los casos mencionados en los arts. 1482 y 1489 c.c. -; tanto en el hecho de que la fianza, al poner en práctica una "protección de carácter restitutorio" y no una protección de carácter "adquisitivo", no garantiza al comprador la posibilidad de adquirir efectivamente el inmueble contratado, sino que tiene por objeto hacer que el comprador recupere sólo las sumas ya pagadas; como en el hecho de que la sanción de nulidad relativa prevista para el caso de que no se preste la fianza parece totalmente inadecuada para proteger plenamente al comprador: en efecto, si se produce una situación de crisis o en cualquier caso nos encontramos ante la insolvenza del constructor, el comprador podrá hacer valer la nulidad del contrato celebrado en caso de no entrega de la garantía, en cambio, no podrá adquirir la propiedad del bien o recuperar lo ya pagado<sup>49</sup>.

Se trata de cuestiones que, aunque de menor envergadura, han dado lugar a algunas dificultades de aplicación, determinando tanto en el pasado<sup>50</sup>, como recientemente la reafirmación o modificación del sistema normativo vigente.

<sup>46</sup> La referencia es a Corte cost. 19 de febrero de 2018, n. 32, en *DeJure on line*.

<sup>47</sup> En aplicación de la Ley n. 155/2017 para la reforma de las normas que rigen la crisis de empresa y de la insolvenza, el legislador promulgó el D.lg. n. 14/2019 que contiene novedades significativas. A este respecto, entre muchos otros, véanse, M. FABIANI, *Etica, legalità e crisi d'impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, en *Fall.*, 2017, p. 1262 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali fra diritto ed economia*, *ibidem*, p. 253 ss.; S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, en *Dir. fall.*, 2017, p. 1291; A. BENOCCHI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o make-up di regolamentazione?*, en *Giur. comm.*, 2017, I, p. 759 ss.; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, en *Giur. comm.*, 2017, I, p. 33 ss.; U. RANA, exposición introductoria realizada en el Congreso "Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", Perugia, 28 de junio de 2019.

<sup>48</sup> A este respecto, permitase la remisión a L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, *cit.*, p. 8 ss. Más reciente, v. P. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, en *Contratti*, 2017, p. 87 ss.

<sup>49</sup> F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, en *Giur. cost.*, 2018, p. 1435 ss.

<sup>50</sup> Cabe recordar, por ejemplo, que la protección especial constituida por el régimen de la nulidad relativa ha sido posteriormente implementada mediante la posterior prevision de su inderogabilidad, contenida en el art. 10-*quater* del D.lg. 28 de marzo de 2014, n. 47 (Medidas urgentes para la emergencia de la vivienda, para el mercado de la construcción y para la Expo 2015), convertido, con modificaciones, de la L. 23 de mayo de 2014, n. 80, que al añadir el párrafo 1-*bis* all'art. 5 del D.lg. n. 122/2005, estableció que el comprador no podrá renunciar a las protecciones previstas por el citado decreto legislativo y cualquier cláusula en contrario es nula y debe entenderse como no puesta.

En este contexto, tampoco hay que olvidar la intervención de la *Corte costituzionale*, que en 2018<sup>51</sup> ha confirmado la legalidad del Decreto de 2005, considerándolo respetuoso y de plena aplicación del principio de igualdad (*ex art. 3 Const.*) y el derecho al ahorro (*ex art. 47, párrafo 2, Const.*)<sup>52</sup>. La *Corte costituzionale* concentró su atención en el objetivo perseguido por la legislación censurada, la de preparar una garantía específica para la confianza, digna de protección, que el comprador deposita en la ejecución efectiva de la construcción del inmueble objeto del contrato preliminar de compraventa.

En el plano normativo, el nuevo *Codice della crisi e dell'insolvenza* previsto en el D.lg. n. 14/2019<sup>53</sup>, cuya entrada en vigor se aplazó hasta agosto de 2020<sup>54</sup>, contiene muy pocas disposiciones sobre la compraventa, entre ellas los arts. 385 a 388, que entraron en vigor en los treinta días siguientes a la promulgación de la norma, es decir, desde el 14 de marzo de 2019<sup>55</sup>. Más allá de las disposiciones que se refieren a aspectos puramente técnicos inherentes al sujeto legitimado para emitir la garantía<sup>56</sup> -y esto como mayor garantía de la solvencia de la misma- las innovaciones más importantes se encuentran en la extensión de la sanción de la nulidad relativa y en la afirmación explícita del papel de garante del cumplimiento de la ley atribuido al notario, resolviendo algunos de los problemas expuestos anteriormente.

La nueva legislación resuelve las anteriores cuestiones, introduciendo, por una parte, el régimen de nulidad relativa del contrato con referencia también al incumplimiento de la obligación de aseguramiento y, por otra parte, prescribiendo la forma de la escritura pública o del contrato privado autenticado para la celebración de la escritura o el contrato que tenga por objeto la transferencia no inmediata de la propiedad u otro derecho real de uso sobre un inmueble<sup>57</sup>. Más detalladamente, el art. 386 del D.lg. n. 14/2019 se ocupa de la póliza de seguro para garantizar los vicios

<sup>51</sup> Corte cost., 19 de febrero de 2018, n. 32, en DeJure on line y en Dir. giur., 2018, p. 13 ss., con comentario de G. MARINO, Immobili da costruire: se non è stato ancora chiesto il permesso di costruire la tutela è solo quella codicistica; L. MEZZASOMA, La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali”, in Corr. giur., 2019.

<sup>52</sup> Cfr. L. MEZZASOMA, sub Art. 1, en V. CUFFARO (coord.), *Codice del Consumo*, cit.

<sup>53</sup> V. R. CALANDRINO, L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa, en Nuove leggi civ. comm., 2015, pp. 66-120; G. RIZZI, D.L. 47/2014 e modifiche alla disciplina degli immobili da costruire, en Studi e materiali, 2014, p. 845 ss.; A. LUMINOSO, Contrattazione di immobili da costruire e nullità per mancata rilascio della fideiussione prevista degli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 122/2005, en Riv. giur. sarda, 2013, p. 101 ss.

<sup>54</sup> Y ello, siempre que las modificaciones que deban introducirse como consecuencia de la Directiva europea n. 1023 de 20 de junio de 2019 no supongan también un nuevo aplazamiento de su entrada en vigor.

<sup>55</sup> La referencia es a los arts. 385, 386, 387 y 388 del D.lg. n. 14/2019, cuya entrada en vigor está prevista a partir del trigésimo día siguiente a la publicación en la *Gazzetta ufficiale* del D.lg. n. 14/2019. Las nuevas normas se aplican a los contratos preliminares o definitivos relativos a los edificios de viviendas para los que se haya solicitado o presentado la licencia de construcción desde el 16 de marzo de 2019. De conformidad con el párrafo 3 del art. 389 del Código, las nuevas normas se aplican incluso antes de la aprobación de los decretos ministeriales encargados de dictar los formularios *standard* de la fianza y de la póliza de seguro: en este caso el contenido de estos negocios será determinado por las partes «en cumplimiento de cuanto se prevea en las disposiciones mencionadas».

<sup>56</sup> En concreto, con arreglo al art. 385 del D.lg. n. 14/2019, que modifica el art. 3 del D.lg. n. 122/2005, la fianza para garantizar los pagos anticipados del precio del inmueble, podrá ser emitida sólo por entidades bancarias y compañías aseguradoras, eliminando así, de las partes emisoras, a los intermediarios financieros.

<sup>57</sup> Cfr. R. CALANDRINO, L'irrinunciabilità delle tutele dell'acquirente di immobili da costruire, la garanzia fideiussoria e la polizza assicurativa, cit., p. 66 ss.; M.C. PAGLIETTI, La nullità della vendita di immobili da costruire per mancata prestazione della garanzia fideiussoria, en Riv. dir. priv., 2007, p. 103; L. MEZZASOMA, exposición realizada en el Congreso “Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, Perugia, 7 de mayo de 2019.

del bien, su contenido y características, modificando el art. 4 del D.lg. n. 122/2005 e introduciendo, precisamente, la sanción de la nulidad relativa del contrato que operará en caso de no contratación y entrega de la misma por parte del constructor al comprador. A este respecto, en lo que se refiere a las normas sobre los bienes inmuebles que se han de construir, con la llegada de la reforma es posible observar una "anhelada duplicación" de la norma ya establecida por el 2 del D.lg. n. 122/2005 para la hipótesis de la falta de garantía. El D.lg. n. 14/2019 añade, así, al párrafo 1 del art. 4 del D.lg. n. 122/2005, la frase "bajo pena de nulidad del contrato que sólo puede ser ejecutado por el comprador". Esta disposición resulta ser coherente con el alcance del art. 5, del D.lg. n. 122/2005, en virtud del cual es nula y debe entenderse como no puesta la cláusula por la que el comprador renuncie a la tutela otorgada por el decreto<sup>58</sup>. La intervención de la reforma, bajo este aspecto específico, se convierte, por lo tanto, en sintomática de una visión que ya no es sólo sancionadora, sino protectora de la nulidad, destinada a proteger a la parte contratante débil<sup>59</sup>. Por otra parte, siempre con el fin de ofrecer una mayor protección a la parte contratante más débil, se ha incidido en el sistema de protección para el que compra, contemplando no sólo la obligación del constructor de entregar al comprador una fianza que garantice el reembolso<sup>60</sup>, en caso de crisis de la empresa, de todas las sumas pagadas o por pagar antes de la transferencia definitiva de la propiedad, sino también la obligación de entregar al comprador, en el momento de la transferencia de la propiedad, una póliza de seguro de diez años de duración (denominada década póstuma) que garantiza tanto los defectos del inmueble y, por tanto, inherentes al mismo, como los daños a terceros derivados de la ruina total o parcial del edificio (art. 2053 c.c.). Como confirmación, el art. 386, párrafo 1-*quater*, establece que "la escritura de transferencia debe contener la mención de los extremos identificativos de la póliza de seguro y de su conformidad con el decreto previsto en el párrafo 1-*bis*". Esta disposición reafirma la inderogabilidad de la garantía otorgada. Por otra parte, en consonancia con las cuestiones críticas puestas de relieve por la doctrina y la necesidad de poner en práctica la función del notario de control de la legalidad, el art. 385, párrafo 1, letra b), establece que el notario debe expedir el certificado de «no haber recibido a la fecha de la escritura de transferencia de propiedad la póliza de seguro con arreglo al decreto ministerial (...)». En la misma línea se incluye también el art. 388 que modifica el art. 6 del D.lg. n. 122/2005, disponiendo en el punto 1, letra. a), la obligación de celebrar el contrato preliminar y cualquier otro contrato dirigido a la adquisición de la propiedad sobre bienes inmuebles<sup>61</sup>, mediante escritura

<sup>58</sup> Sobre el hecho de que el principio de que no se puede renunciar a la protección es ahora un principio establecido, v., *ex multis*, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 13 ss; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 37 ss.; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, 2014, p. 927.

<sup>59</sup> F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, cit., p. 1437 s.

<sup>60</sup> En la jurisprudencia, Trib. La Spezia 9 de junio 2016, n. 477, en *DeJure on line*; Trib. Modena de 22 de junio de 2017, n. 1091, *ivi*, que, al pronunciarse sobre la validez de la garantía, señala que ésta sigue siendo válida hasta que no se logre la finalización del programa de transferencia del inmueble a favor del beneficiario. Sólo entonces el comprador ya no necesita ninguna protección de los anticipos pagados al constructor, dado que se ha convertido en el propietario del bien por el que ha pagado el precio.

<sup>61</sup> A este respecto, cfr., v. B. PROTANO y P. VENDITTI, *Il contratto preliminare e il problema della applicabilità o meno allo stesso della normativa edilizio-urbanistica alla luce dei più recenti orientamenti di dottrina e*

pública o escritura privada autenticada, con la intervención de notario público, quien está obligado no sólo a comprobar, mencionándolo en la escritura de compraventa, que el constructor ha expedido al comprador una póliza de seguro de indemnización por diez años para cubrir los daños directos y materiales al inmueble, incluidos los daños a terceros (art. 2053 c.c.), a la que el constructor está obligado en virtud del art. 1669 c.c., sino también a certificar, de acuerdo con el art. 388 letra *b*), la exactitud de la fianza, que, a su vez, debe ser conforme con el modelo ministerial. Como garantía adicional, está previsto que el notario no firmará la escritura en ausencia de fianza. De tal manera que se hace imprescindible la intervención del funcionario público, a quien se le encomienda la tarea de garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales<sup>62</sup>. Al mismo tiempo, la escritura pública y la escritura privada autenticada con la reforma se convierten en elementos esenciales del contrato, con la consecuencia de que el incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato preliminar en la forma prescrita conduce a la nulidad absoluta del contrato por falta de forma. Se refuerza, pues, el papel del notario, papel que acaba por implicar directamente las garantías que deben aportarse al comprador, teniendo en cuenta las comprobaciones que debe realizar y las consecuencias en cuanto a su posible responsabilidad profesional. La centralización de la función del notario se convierte así en un instrumento con el que el legislador pretende garantizar la correcta aplicación del D.lg. n. 122/2005 y con el que evitar disposiciones negociales en conflicto con la normativa y su *ratio*.

#### **4.- Conclusiones**

Parece obvio que querer sacar algunas conclusiones en un campo de investigación fuerte y reiteradamente afectado por cambios normativos más trascendentes, como el contrato de compraventa -o mejor dicho los contratos de compraventa- sigue siendo la figura central en el panorama de los instrumentos jurídicos de distribución de bienes. Desde este punto de vista, parece crucial dirigir la atención de los legisladores (tanto europeos como nacionales) hacia la necesidad de preparar normas sectoriales para proteger al comprador -no necesariamente consumidor- que encuentran su justificación en parte en la necesidad de regular correctamente el mercado y, por otra parte, en la necesidad de alcanzar una correcta articulación de la relación negocial para crear las condiciones que aseguren al comprador la realización de los intereses, sean patrimoniales o no patrimoniales, que el mismo quería lograr mediante el contrato.

Todo el sistema de las compraventas - tanto de origen europeo como nacional - gira en torno al establecimiento de reglas imperativas que doblegan la autonomía de la voluntad - que por lo demás es libre de ampliar su capacidad de crear normas - a las necesidades que el sistema quiere lograr a través de dichos contratos.

La Directiva sobre la venta de bienes de consumo, además de imponer la máxima armonización de los derechos nacionales, exige expresamente que las disposiciones en ella contenidas sean obligatorias y, por consiguiente, establece la inderogabilidad acordada de las mismas. Lo mismo se hará en relación con las normas contenidas

---

giurisprudenza, en Riv. giur. ed., 2017, p. 151 ss.; I. MASPES, Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire, en Contratti, 2017, pp. 326-334.

<sup>62</sup> De conformidad con el art. 388 del D.lg. n. 14/2019, que modifica el art. 6 del D.lg. n. 122/2005, entre las especificaciones del contrato preliminar, queda confirmada la inclusión de los detalles de la garantía, pero a ello se añade la certificación de su conformidad con el modelo normalizado definido por el Decreto Ministerial.

en el D.lg. n. 122 del 2005 (y sucesivas modificaciones), en el que la importancia axiológica de los intereses que el comprador del inmueble pretende perseguir, obligan a sancionar con la nulidad del contrato los eventuales incumplimientos. Se trata, por tanto, de invalidez cuya disciplina se ve fuertemente afectada por los fines protectores que el ordenamiento pretende alcanzar a través de las disposiciones esenciales infringidas y, por tanto, debe respaldarse por elementos protectores como la legitimación relativa a hacer valer el defecto que, de hecho, priva al profesional de la posibilidad de aprovechar los efectos producidos por la nulidad. Surge, en última instancia, un marco normativo sumamente complejo y heterogéneo regido por principios comunes que, inspirando las nuevas disposiciones sectoriales sobre la compraventa, proporcionan al intérprete otros elementos útiles para construir un derecho de las partes contratantes más débiles que no termina con la protección del consumidor en sentido estricto.