

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DIRECTOR:

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

Año VI | Número 5 | Junio 2020

THOMSON REUTERS

LA LEY

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

Thomson Reuters

RCCyC

REVISTA
CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL

Thomson Reuters

 INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 2469-049X
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-222-5253

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-222-5253
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RCCyC

REVISTA
CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL

DIRECTOR:

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

Año VI | Número 5 | Junio 2020

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

Thomson Reuters

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulysin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzb
Diego Zentner

Penal

Mary Ana Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

SUMARIO

EN DEBATE

EL PROCESO PREVENTIVO DE DAÑOS

La acción preventiva del daño en el Código Civil y Comercial de la Nación. Repaso de la jurisprudencia en el Chubut <i>José P. Descalzi</i>	5
Vademécum de la postulación anticautelar: su frontera <i>Silvia L. Esperanza</i>	17
La prevención, las inmisiones inmateriales y la denuncia de daño temido <i>Juan José Guardiola</i>	21
Encandilados por el fondo y extraviados de la forma. Notas sobre el trámite de una pretensión preventiva <i>Andrea A. Meroi</i>	44
El derecho al olvido como una manifestación de la acción preventiva de daños. Abordaje desde el caso "De Negri vs. Google Inc." <i>Gastón A. Navarro</i>	51
La pretensión preventiva del daño y el seguro obligatorio automotor <i>Roberto M. Pagés Lloveras</i>	62

FAMILIA Y SUCESIONES

DOCTRINA

Juez competente frente a la alteración unilateral pero justificada del centro de vida del menor de edad <i>Santiago Cappagli</i>	73
---	----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

COMPETENCIA DEL FUERO DE FAMILIA

División de condominio en uniones convivenciales. Cuestión principal, conexas o acceso referida al derecho de familia. Art. 827 del Cód. Proc. Civ. y Com. Disidencia (C2aCiv. y Com., La Plata, sala I)

83

La competencia para entender en las acciones derivadas de la unión convivencial

Romina A. Méndez

90

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Rechazo de la pretensión solicitada por una mujer que se dedicó a la crianza de sus tres hijos durante la convivencia. Matrimonio que duró algo menos de veintinueve años. Atribución de la vivienda familiar a la actora sobre el único inmueble ganancial. Ejercicio de una actividad rentada en el área de la podología y maquillaje. Ponderación de los viajes realizados al exterior (CNCiv., sala E)

100

La importancia de la prueba y la relación de causalidad adecuada para la procedencia de la compensación económica

Vanesa Débora Mestre

105

JURISPRUDENCIA

CUIDADO DEL HIJO EN LA PANDEMIA

Petición de cuidado personal realizado por el progenitor no conviviente que denuncia riesgo en la salud de su hija. Rechazo. Orden de garantizar el contacto mediante uso de medios de comunicación tecnológicos (Juz. Civ. en Flia y Suc., Monteros)

113

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

DOCTRINA

Aspectos sustanciales y procesales de la acción preventiva

Martín Seltzer

121

La cuantificación del daño en la mediación y en la conciliación judicial

Amalia Fernández Balbis y Guillermina A. Cornero

156

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DAÑOS Y PERJUICIOS

Caída de un peatón en una perforación de una obra pública. Falta de seguridad. Condena impuesta a la distribuidora de energía eléctrica, la municipalidad codemandada y la empresa constructora (CNCiv., sala K)

165

Bemoles de la responsabilidad por daños derivados del mal estado de las aceras

Emiliano J. Wigutow

173

RESPONSABILIDAD DE LAS TABACALERAS

Muerte de un hombre fumador por cáncer de pulmón. Demanda intentada por su esposa e hija. Prescripción. Aplicación de las normas de consumo. Deber de información. Relación de causalidad. Criterios de probabilidad. Facultades del juez. Asunción de riesgos. Dependencia derivada del hábito tabáquico. Indemnización. Disidencia (CNCiv., sala C).

182

La relación de causalidad en una condena contra una tabacalera <i>Cristian Werlen</i>	211
--	-----

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

	<u>DOCTRINA</u>	
Las “locaciones virtuales” no son locación <i>Eduardo A. Pérez</i>		229

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RESPONSABILIDAD POR LA VENTA DE COSAS MUEBLES	
Vendedor condenado a devolver el precio abonado. Ausencia de responsabilidad del fabricante. Acción basada en el incumplimiento contractual. Inaplicabilidad del art. 40 de la ley 24.240. Efectos de los contratos celebrados por el distribuidor. Arts. 1502 y 1511, inc. b) del Cód. Civ. y Com. (CNCom., sala C)	243
La persona jurídica como consumidora y el incumplimiento contractual ante la relación de consumo frente a los sistemas de distribución comercial	
<i>Marcelo C. Quaglia y Gerardo R. Van Becelaere</i>	246

Thomson Reuters

EN DEBATE

Thomson Reuters

Thomson Reuters

EL PROCESO PREVENTIVO DE DAÑOS

Thomson Reuters

La acción preventiva del daño en el Código Civil y Comercial de la Nación

Repaso de la jurisprudencia en el Chubut

José P. Descalzi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La acción preventiva en el Código Civil y Comercial.— III. La jurisprudencia en la provincia del Chubut.— IV. Síntesis.

I. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial (1), vigente desde el año 2015, representó una actualización de los institutos del derecho privado, con incidencias importantes en distintos ámbitos del orden jurídico (2).

La temática de la acción preventiva del daño que motiva este breve comentario ha sido prevista en el Código como una de las funciones de la responsabilidad civil, junto a la punición (esta, ciertamente, disminuida en su expresión) (3) y la reparación.

(*) Abogado, Universidad Nacional de Mar del Plata. Especialista en Derecho Civil, Universidad Nacional de La Plata. Especialista para la Magistratura, Universidad Nacional de San Martín. Secretario relator del Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut.

(1) En adelante todas las referencias normativas corresponden al Código Civil y Comercial, que mencionaré también como Cód. Civ. y Com. o Código. Cuando así no sea, indicaré expresamente la filiación legal del precepto.

(2) Existe —cabe decir— una colección de libros que da cuenta de ello; abarca la repercusión del Cód. Civ. y Com. en el derecho constitucional, administrativo, laboral, procesal, etc. Asumo que su difusión me exime de citarlos.

(3) Basta cotejar el texto del art. 1714 del Anteproyecto de reforma con el texto definitivo del Código para comprender la crítica que, sin perjuicio de otros, realiza: Picasso, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Cód. Civ. y Com.”, La Ley Online, AR/DOC/667/2015.

Esa integración funcional ha sido discutida por la doctrina. Tanto en nuestro país como en el derecho comparado. El legislador local, sin embargo, tomó partido y resolvió la controversia a favor de la integración. Así lo indicó en los fundamentos del Anteproyecto de ley (4), y lo tradujo luego —con referencia expresa a la prevención y a la reparación— en el art. 1708 que inaugura la regulación de la Responsabilidad Civil como otra de las fuentes de las obligaciones (Libro III, Tít. V, Cap. 1, Secc. I).

Esquematizar las normas que conforman la acción preventiva del daño, y los presupuestos para su operatividad, es el objeto del presente comentario. Esto servirá para dar quicio contextual al repaso de la jurisprudencia que aplicó el instituto en la provincia del Chubut.

Como resultado del análisis quedará en evidencia, como conclusiones posibles, que: a) la acción preventiva del daño tiene fundamento constitucional; b) el legislador tomó partido en la discusión sobre el alcance del contenido de la responsabilidad como instituto; c) el Código Civil y Comercial reguló la acción preventiva de daños para anticiparse a la amenaza de daño, con el fin de que no ocurra, y si ocurrió que no continúe o se agrave; d) los recaudos previstos por el legislador para determinar su admisibilidad y procedencia son operativos y

(4) “Cód. Civ. y Com., Proyecto y Fundamentos”, p. 562, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.

permiten, según el caso, una tutela provisoria o definitiva; e) la jurisprudencia del Chubut aplicó la acción preventiva de daños en una multiplicidad de casos que evidencian gráficamente su utilidad.

II. La acción preventiva en el Código Civil y Comercial

II.1. La acción preventiva del daño en el contexto normativo del Código Civil y Comercial

En el presente apartado me interesa señalar las disposiciones involucradas en el tema, según el Código Civil y Comercial, con remisión a los artículos con los que —a mi modo de ver— se integran a los fines de su interpretación sistemática (5).

Así, tendremos:

El art. 1708 establece que son funciones de la responsabilidad civil la prevención del daño (art. 1711) y su reparación (art. 1716). Volveré sobre esto.

En el art. 1710 se dispone el deber de toda persona (remite a los arts. 19 y 141) de evitar causar un daño (art. 1737) no justificado (arts. 1717, 1718), y, en su caso, adoptar de buena fe y conf. a las circunstancias (arts. 9º y 10) las medidas razonables para ello, o para disminuir su magnitud si ya se produjo; y prevé, también, la posibilidad de reembolso (art. 1794) si esas medidas irrogaron gastos y el daño responde a la acción/omisión de un tercero (remite al art. 1749 para el responsable directo, y a las normas ccds. para la participación plural y refleja, con las salvedades de los arts. 1729 a 1731).

El art. 1711 regula que la acción preventiva procede cuando una acción/omisión antijurídica (remite al arts. 10 y 1717) hacen previsible (arts. 1726 y 1727) la producción de un daño, su continuación o agravamiento; y no requiere acreditar la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1721).

(5) Conf. Couture, Eduardo, “Estudios de derecho procesal civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., reimp. 1998, T. 3, p. 15 y s.

El art. 1712 prevé como legitimado (activo) para reclamar esta tutela a quien acredite un interés razonable en la prevención del daño; va de suyo, serán legitimados pasivos todas las personas, sin distinción, en tanto tienen el deber de prevenirlo según refiere el art. 1710.

El art. 1713 regula sobre la sentencia al disponer que, si admite la acción y declara procedente la tutela preventiva, debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, de hacer o no hacer (arts. 746, 773 y conc.), según corresponda; para ello deberá ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo, que aseguren la eficacia de la decisión (remite al art. 3º del Código).

II.2. Las funciones de la responsabilidad

Quiero referirme brevemente a la cuestión sobre las funciones (6) de la responsabilidad civil. Para simplificar, voy a enfocar el tema desde —por lo menos— tres posiciones: una que propone la integración de funciones, otra que realiza aclaraciones, y una última que distingue.

Aclaro que, si bien esta clasificación no excluye otras posibles, los autores que cito como representativos proveen razones —explícitas o implícitas— comunes acerca de la prevención del daño, que conforman un marco adecuado para examinar el objeto de este comentario.

En la primera posición ubico a Lorenzetti. En síntesis, propone que la denominación de la materia debe ser “responsabilidad civil” y no “responsabilidad por daños” para que el daño no sea el elemento determinante. Fundamentalmente, porque considera que la responsabilidad debe integrarse con

(6) Tengo presentes las advertencias de Acciarri, Tola y Picasso, p. ej., acerca de la dificultad que conlleva precisar la palabra “función”. Para superarla asumo con la Corte Suprema la idea de que la función del derecho se conoce por su realización práctica (Fallos: 300:1282; 305:504). De modo que el examen del punto será, pues, pragmático. Y creo que con esto no excluyo las distinciones que explica Acciarri sobre función-relación y función-finalidad, sino que las integro para —como dice el profesor bahiense— la “investigación en el mundo”.

tres funciones: prevención, reparación y punición, para tutelar el patrimonio, el individuo y los derechos de incidencia colectiva de una manera más adecuada. Explica que con la prevención el ordenamiento procura anticiparse al daño para que no ocurra; la reparación opera una vez producido el daño; y con la punición se apuntalan los bienes de incidencia colectiva desde que suele haber pocos incentivos para su cuidado y se faculta al juez a aplicar una multa civil con el fin de alinear los intereses individuales con los colectivos. Finalmente, afirma que esa función preventiva de la responsabilidad habrá de canalizarse por medio de una tutela civil inhibitoria, que puede ser definitiva o provisoria (7).

Para la segunda posición remito al trabajo de Tolosa (8). Explica los conceptos de prevención general y prevención específica esbozado en el derecho norteamericano (9), y desde ellos analiza el Código —a ese momento— proyectado. Sucintamente, señala como prevención general aquellos casos donde el propio sujeto involucrado en una actividad decide voluntariamente no realizarla, o bien llevarla a cabo previo invertir en medidas de prevención, valorando el costo-beneficio que conlleva la amenaza de tener que afrontar la reparación de los daños que le imputen por vía de responsabilidad civil. Y, como prevención específica remite a aquellos casos donde el Estado (un funcionario administrativo o el juez) decide prohibir directamente la actividad para evitar daños. Con estas aclaraciones, señala que si bien el Código habla de prevención no precisa contenido y alcance, pero admite ambas posibilidades: al facultar al juez a

aplicar una obligación de dar, hacer o no hacer, puede funcionar como prevención específica; y al regular la responsabilidad incluyendo el deber de prevención puede funcionar como prevención general. De todas maneras, la distinción entre ambas —como afirma— no es tajante. En cuanto a la instrumentación de la prevención indica que se trata de medida de derecho sustantivo, que presenta elementos comunes con la *injunctio* del *common law* y la tutela inhibitoria del Derecho Italiano (10).

En la última posición ubico a Llamas Pombo (11). En resumen, describe la pretendida multifuncionalidad de la responsabilidad civil y formula objeciones a la integración conceptual prevención-reparación-punición. En particular indica que prevenir el daño no encaja con la idea de la responsabilidad como reparación del daño. Asume que el principio *alterum non laedere* (no dañar) supone tanto reparar el daño producido como no causarlo o evitarlo. Propone construir un “derecho de daños” moderno (12) que comprenda tanto la inhibición del daño amenazante, a través de la llamada tutela civil inhibitoria, como la reparación del daño causado a través de una tutela resarcitoria. Considera que esa tutela inhibitoria responde adecuadamente a la necesidad de prevenir el daño y permite superar, por ineficaz, el indirecto y amenazante mecanismo indemnizatorio para conseguir ese resultado (13).

(7) LORENZETTI, Ricardo, “Fundamentos de derecho privado. Cód. Civ. y Com. Argentina”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 331 y ss., y p. 351 y ss.

(8) TOLOSA, Pamela, “Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial”, La Ley Online, AR/DOC/5487/2012.

(9) Citó el libro clásico de CALABRESI, Guido (que ha sido traducido al español por Joaquim Bisbal, con el título: “El costo de los accidentes. Un análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, Ed. Ariel, Barcelona, 1984). En línea similar: ACCIARRI, Hugo, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, La Ley Online, AR/DOC/179/2013.

(10) Esto es patente, para mí, en el sistema de riesgos del trabajo. P. ej., la idea que trasunta la norma es que “al imponer el deber de reparar los daños laborales ha de suceder, con beneficio de la sociedad, un cuidado mayor de parte de los patrones en el *modus operandi* de sus trabajadores”; de otra manera, como dijo la jueza Dra. Argibay en su voto en la causa “Díaz” de 2006 (Fallos: 329:473), establecer la “irresponsabilidad” del empleador no genera incentivos para prevenir daños ni para cuidar la salud de los trabajadores, sino lo contrario (Consid. 15).

(11) LLAMAS POMBO, Eugenio: “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en: *Práctica Derecho de Daños*, Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 113, año 2013, *passim*.

(12) Tiene puntos de contacto con: PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial”, La Ley Online, AR/DOC/557/2015.

(13) LLAMAS POMBO, Ob. Cit., p. 49.

II.3. Elementos de la acción preventiva de daños en particular (14)

Como adelanté en el primer apartado, y teniendo en cuenta el marco de discusión anterior, en este punto intentaré esquematizar los elementos particulares de la acción preventiva del daño que deben considerarse —a mi modo de ver— en forma pragmática. Esos elementos son: sujetos legitimados activo y pasivo, el acto u omisión desencadenante y su modalidad, así como el bien jurídico tutelado y la vía procesal con sus vicisitudes.

Así, tendremos:

II.3.a. Sujeto legitimado activo: toda persona, humana o jurídica de carácter público o privado, que tenga un interés razonable en prevenir un daño.

El art. 1712 habilita la petición a toda persona, sin limitación, en tanto acredite un interés razonable en tutelar en forma preventiva un derecho individual o de incidencia colectiva (según arts. 14 y 15).

(14) Sin perjuicio de otros, para ampliar sobre algunos de los aspectos que aquí analizo sintéticamente remito a la lectura de los siguientes trabajos: LORENZETTI, Ricardo, “Fundamentos de derecho privado. Cód. Civ. y Com. Argentina”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016; Vergara, Leandro, “Sistema maestro de responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018; Cossari, Maximiliano, en “Código Civil y Comercial y normas complementarias”, AAVV, Dir. Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, T. 3F, comentario al art. 1710 y ss.; Tolosa, Pamela, “Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial”, La Ley Online, AR/DOC/5487/2012; ACCIARRI, Hugo, “Funciones del derecho de daños y de prevención”, La Ley Online, AR/DOC/179/2013; PEYRANO, Jorge, “La jurisdicción preventiva”, La Ley Online, AR/DOC/2407/2013; CAMPS, Carlos, “La pretensión preventiva de daños”, La Ley Online, AR/DOC/2482/2015; PICASSO, Sebastián, “Las funciones del derecho de daños en el Cód. Civ. y Com.”, La Ley Online, AR/DOC/557/2015; VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, “La función preventiva de la responsabilidad”, La Ley Online, AR/DOC/1447/2015; GÓMEZ, Claudio, “Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales”, La Ley Online, AR/DOC/2439/2017; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de la responsabilidad civil y los nuevos paradigmas en el Código Civil y Comercial argentino: prevención, precaución y represión”, La Ley Online, AR/DOC/272/2019.

La noción de interés —sin más— es amplia; admite la invocación de todo interés no reprobado por el derecho, con lo cual comprende tanto un derecho o interés legítimo como un interés simple o uno difuso (15). La acreditación de este debe ser tal que permita verificar, en concreto, si los hechos y las circunstancias invocadas justifican una razonable relación interés-acción-daño (16).

En este punto habrá que considerarse la legitimación sustancial y procesal (17), por las particularidades que surgen del propio Código Civil y Comercial (18).

En cuanto a la idea de prevención, como exigencia del derecho, no es nueva para la legislación argentina, que presenta regulación específica en otros ámbitos (19) y una vasta jurisprudencia consecuente.

En relación con el daño que se pretende evitar, corresponde remitirse a la regulación que surge del mismo Código, según el art. 1737, en cuanto dispone: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”.

II.3.b. Sujeto legitimado pasivo: toda persona, humana o jurídica de carácter público o privado, en cuanto de ella dependa, tiene el deber de prevenir el daño a terceros, o evitarlo o disminuirlo.

La redacción del art. 1710 del Cód. Civ. y Com. habilita una *legitimación* de sujetos pa-

(15) Cons.: GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, Ed. FDA, Buenos Aires, 4ª ed., 2010, T. 2, p. IV-5.

(16) Sobre esto remito a las consideraciones que realizó: GÓMEZ, Claudio, “Acción preventiva”, Ob. Cit., ap. VII, cuando habla de test comparativo.

(17) CSJN, 24/02/2009, Fallos: 332:111, Consid. 9º.

(18) Sin perjuicio de otros, remito a la síntesis que realicé en: DESCALZI, José, “Legitimación y personería. Formas de actuación de las partes en el proceso. Representación legal, orgánica y voluntaria”, en: “Derecho procesal en el Código Civil y Comercial”, AAVV, Coord. QUADRI, Hernán, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, T. 1, p. 199 y ss.

(19) Así, p. ej., en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, en la ley 25.675 General del Ambiente.

sivos amplísima, y, como en el caso anterior, tampoco formula distinciones (20). El límite estará dado por la expresión: en cuanto de ella dependa (21); es decir, en la medida en que la conducta preventiva corresponda a su esfera de control (22).

Estos términos son compatibles con la noción de tutela integral (reparatoria y precautoria) que ha empleado la CS. Así, p. ej., en cuanto señaló que el principio *alterum nom laedere*, impreso en la regla del art. 19 de la CN, está vinculado tanto a “la idea de reparación” (23) como al “deber de seguridad” que corresponde a “toda persona” (24).

No se requiere acreditar ningún factor de imputación; esto es, la culpabilidad o no del demandado es irrelevante en los términos del art. 1711.

II.3.c. Acto desencadenante: todo acto u omisión antijurídico que haga previsible la producción de un daño injustificado, o su continuación o agravamiento.

Entre el acto/omisión (objetivamente antijurídico: arts. 10 y 1717) (25), que se pretende

(20) Cabe considerar, no obstante, que una falta de legitimación *ad causam*, o falta de legitimación para obrar, podrá ser invocada a través de la excepción previa del art. 347, inc. 3° del CPCC, si resulta manifiesta, con lo que va de suyo; v.g. conf. CSJN, 30/04/1991, Fallos: 314:363.

(21) Así, p. ej., VÁZQUEZ FERREIRA, “Funciones”, cit., ap. IV.

(22) La Corte Suprema resolvió, v.g., que: “si bien no puede afirmarse que exista un deber del Estado de evitar todo daño, esto no implica negar su obligación primaria de brindar protección, siempre que ella sea compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables” (CSJN, 27/09/2018, Fallos: 341:1287; del dictamen de la Procuración General al que remite el Tribunal; los Ministros Rosatti y Rosenkrantz, en disidencia, aplicaron el art. 280, CPCC).

(23) Fallos: 308:1118; 316:1462; 320:1996; 325:11; 327:857, 3757.

(24) CSJN, 26/12/2017, Fallos: 340:1940, voto del Dr. Lorenzetti.

(25) En particular, la omisión antijurídica remite a un sujeto sobre el que pesa la obligación formal de actuar. En este sentido es paradigmática, p. ej., la decisión del caso “Torrillo” de 2009 donde la Corte Suprema señaló

inhibir, y el daño (injustificado: art. 1718) que amenaza producir a los derechos o intereses lícitos del peticionante, debe mediar una relación de previsibilidad causal (en los términos de los arts. 1726 y 1727). Esto también es aplicable a la inhibición de un comportamiento que continúa o agrava un daño ya producido (26).

La amenaza, que en sí es un daño en potencia, debe estar —a mi modo de ver— objetivamente referida al derecho o interés lícito que se pretende tutelar, y ser razonablemente grave, cierta (no hipotética), actual o inminente, y subsistente, pues, si el comportamiento desencadenante cesó, ya no existiría interés tutelable por esta vía (27).

II.3.d. Bien jurídico tutelado: derechos personales y patrimoniales, individuales o de incidencia colectiva reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

En función de la nueva regulación de los derechos y bienes que propone el Código Civil y Comercial, la tutela preventiva del daño gira, consecuentemente, alrededor de los derechos o intereses lícitos que tienen por objeto la persona, el patrimonio o derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 15, 16, 17, 18, 56, 225 y 235 y ss., 240, 241 y 1737) (28). La relación de fuentes hace necesario contemplar, también, los derechos según surgen de la propia CN y de los tra-

que, en materia de riesgos del trabajo, “no se trata de que las aseguradoras sancionen incumplimientos o impongan cumplimientos a las empresas aseguradas, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos para que estos y los riesgos que le son ajenos, puedan evitarse, y no es propio de aquellas permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la obligación de denunciar resulta de sus funciones preventivas” (Fallos: 332:709, Consid. 8°).

(26) Los estudios que he citado, todos, a su manera, explican las particularidades que advierten en el comportamiento desencadenante. Sin perjuicio de otros, ver: Kemelmajer de Carlucci, “El derecho”, cit., ap. VI.4 y ss.

(27) DESCALZI, José, “La amenaza como requisito del amparo”, La Ley Online, AR/DOC/3244/2005, ap. IV, en particular el párr. c).

(28) Son “bienes o intereses colectivos (...) aquellos que no están asignados a titulares individuales, sino que pertenecen a la comunidad como un todo” (CSJN, 31/10/2006, Fallos: 329:4741; voto de la Dra. Argibay).

tados de derechos humanos en los que el Estado sea parte (art. 1°) (29).

II.3.e. Vía procesal: la acción preventiva puede y debe canalizarse mediante el procedimiento que, en concreto, se presente como más adecuado para inhibir la producción del daño, su agravamiento o continuación.

La acción preventiva del daño no cuenta con una regulación específica en los códigos procesales. No obstante, debería canalizarse mediante aquellos procedimientos que, en concreto, se presenten como más adecuados (30) para la “efectiva realización del derecho” (31).

La doctrina, asumiendo el desafío, ha propuesto para tramitar esta pretensión sustancial (32) a la denominada tutela civil inhibitoria (33), que puede resolverse en forma autónoma y definitiva como consecuencia de un proceso de conocimiento pleno del caso (34); o bien en forma provisoria, con carácter cautelar, y como antici-

patoria de la anterior (35), si es resultado de un conocimiento sumario (36).

En línea con estas propuestas, cabe considerar que: a) incumbe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones (doc. art. 321, CPCCN), para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (37); y, cualquiera sea el procedimiento que adopten, b) deben asegurar a todos los litigantes por igual el derecho de obtener una sentencia fundada (38), c) previo juicio en el que se garantice, indispensablemente, las formas sustanciales relativas a la demanda, defensa, prueba y sentencia (39).

Estas pautas se ajustan a la constitucionalización que impregna el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1°); aspecto acentuado por remisión a los de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN; en particular por cuanto disponen los arts. 1°, 2°, 8°, 25, 28, 33 y 68 de la CADH) (40).

(29) Sobre la nueva tipicidad de los derechos y de los bienes, ver: LORENZETTI, “Fundamentos”, ps. 65 y 85.

(30) DESCALZI, José, “Eficiencia y eficacia del proceso”, en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros (La Ley), 2012-IV-191; ahí analicé, desde el principio de utilidad, los determinantes del debido proceso y de las estructuras procesales. También puede consultarse con mucho provecho la obra integral de: CAMPS, Carlos, “Derecho procesal civil y comercial eficaz”, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2018, en 2 tomos, donde expone los institutos procesales bajo el prisma de la eficacia del derecho.

(31) CSJN, 13/10/1988, Fallos: 311:2082.

(32) Sobre esta idea desarrolla su estudio CAMPS, Carlos, “La pretensión preventiva de daños”, La Ley Online, AR/DOC/2482/2015.

(33) LORENZETTI, “Las normas fundamentales”, Ob. Cit., p. 288 y ss.; idem, “Fundamentos”, Ob. Cit., p. 353 y ss. También: LLAMAS POMBO, “Prevención y reparación”, Ob. Cit., N° 5 y ss. En rigor, el modelo concurrente propuesto refiere una tutela inhibitoria “atípica”. No voy a ampliar esto aquí.

(34) Puede ser útil examinar el carril conceptual de las tutelas diferenciadas, en razón de su objeto; sin perjuicio de otros, remito a: BERIZONCE, Roberto, “Tutelas procesales diferenciadas”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

(35) En el punto cabe considerar los criterios de la Corte Suprema en las causas “Camacho Acosta” de 1997 (Fallos: 320:1633; Consid. 6°, 10 y 12), “Salta” de 2002 (Fallos: 325:2367, Consid. 6° y 8°) y “Pardo” de 2011 (Fallos: 334:1691; Consid. 14°).

(36) Para esta diferenciación sigue siendo útil la explicación sobre procesos plenos y sumarios que formuló FAIRÉN GUILLEN, Víctor, v.g., en “Teoría general del derecho procesal”, Ed. UNAM, México, 1992, p. 92 y ss.

(37) Fallos: 327:2127; 329:2837 y 4918; 331:453 y 563, entre otros.

(38) Fallos: 268:266.

(39) Fallos: 272:188.

(40) Así surge de los Fundamentos del Anteproyecto (Ob. Cit., ps. 441, 444); sin perjuicio otros, ver: LORENZETTI, Ricardo, “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com.”, La Ley, 2012-C, 581; id., “Entra en vigencia el Cód. Civ. y Com.”, La Ley Online, AR/DOC/2559/2015; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en Diario La Nación, “entrevista de Laura Zommer”, ejemplar del 12/10/2014, disponible en www.lanacion.com.ar/1734474. Agrego a estas referencias, modestamente, mi análisis sintético sobre origen e implicancias de esa constitucionalización, en: “Neoconstitucionalismo”, La Ley Patagonia, 2006 (diciembre), 641; por sus citas.

II.3.f. Decisión: la sentencia, para inhibir el daño, podrá imponer al demandado una obligación de dar, hacer o no hacer, según corresponda; y para ello deberá ponderar los criterios de menor restricción posible y, a la par, de medio más idóneo para asegurar la eficacia de la decisión.

Resulta claro del texto del art. 1713 que la sentencia, si declara procedente la pretensión preventiva, ordenará al demandado cumplir medidas o mandatos de dar, hacer o no hacer, para inhibir su comportamiento amenazante del daño, de su continuación o agravamiento; el juez deberá procurar que de esas medidas resulte la menor restricción posible (la mejor alternativa, la menos costosa) para los derechos del demandado, y que sean, también, el medio más idóneo para lograr eficazmente la prevención pretendida por el interesado (41).

No puedo dejar de señalar, también, que la sentencia tiene que estar razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) (42); es decir, “deben contar con fundamentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes, además de que al expresarse las razones que el derecho suministra para la resolución de controversias se favorece la credibilidad de las decisiones tomadas por el poder judicial en el marco de una sociedad democrática” (43).

III. La jurisprudencia en la provincia del Chubut

En este apartado haré un repaso de la jurisprudencia de los tribunales del Chubut en relación con la acción preventiva de daños, según ha sido publicada en *Eureka* (44). Reseñaré de-

cisiones de primera instancia de las ciudades de Esquel y Trelew, y sentencias de las Cámaras de Apelaciones de Comodoro Rivadavia y Puerto Madryn. Haré una sucinta relación de la decisión adoptada, del caso en hechos y las consideraciones efectuadas por los magistrados.

III.1. La acción preventiva del daño desplaza al amparo

El Juzgado Civil de Esquel en sentencia SIC N° 385/16 del 17 de noviembre de 2016, rechazó *in limine* una acción de amparo frente a la viabilidad de la acción preventiva de daños.

Sintéticamente, en el caso el actor pretendía que se orden al demandado abstenerse de volcar en el arroyo (s/n) cloro y/o arrojar sedimentos, tierra, arena o el desecho de limpieza de tanques cisterna de agua. Alegó que ello provocaba perjuicios a su estación de piscicultura. También que afectaba el medio ambiente. Básicamente, solicitó que se prohíba la actividad de la demandada para que no se agrave el daño que sostiene haber sufrido, y para que se eviten daños similares en el futuro. No invocó arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta.

El juez realizó el examen de admisibilidad preliminar del amparo para verificar la concurrencia de los recaudos legales (arts. 3º, 4º, 5º y 7º de la ley V-84; y arts. 54 de la Const. del Chubut y 43 de la CN), y determinó que el actor debió acudir a la acción preventiva del daño prevista por los arts. 1711, 1712, 1713 del Cód. Civ. y Com., y no promover una acción de amparo; pues este, como no alegó afectación de derechos y garantías constitucionales con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resulta inadmisibile.

Precisó que la referida acción preventiva del Código Civil y Comercial requiere que sea resuelta con celeridad, pero como el Código de fondo no especifica qué procedimiento aplicar, consideró que debe tramitar por las reglas del proceso sumarísimo.

provincia del Chubut. Una breve explicación del sitio en: DESCALZI, José, “El derecho procesal electrónico en la provincia del Chubut”, en “Tratado de Derecho Procesal Electrónico”, AAVV, Dir. Carlos E. Camps, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., T. III, Cap. XXV.

(41) Son gráficas las exposiciones de TOLOSA, Pamela (en: “Función de prevención”, Ob. Cit., La Ley Online, AR/DOC/5487/2012, ap. III.2) y CAMPS, Carlos (en: “La pretensión”, Ob. Cit., ap. IV, en cuanto analiza el tema desde la mirada procesal).

(42) GÓMEZ, Claudio, “La sentencia razonablemente fundada”, elDial.com - DC2035; Lorenzetti, “Fundamentos”, Ob. Cit., p. 53.

(43) Conf. Fallos: 338:488; 339:290; 341:1591; 342:1246.

(44) Eureka: <https://listas.juschubut.gov.ar/Eureka/> es el sitio oficial de jurisprudencia del Poder Judicial de la

De modo que, concluyó el magistrado, existiendo vías procesales más idóneas y expresamente previstas por el legislador para este tipo de pretensiones, que a su vez permiten mayor amplitud de debate (*sic*), debe declararse inadmisibile la acción de amparo.

III.2. El deber de no dañar incluye a la tutela preventiva y a la resarcitoria

El Juzgado Civil de Esquel en la sentencia SIC N° 210/17 del 6 de septiembre de 2019, con otra integración, resolvió hacer lugar parcialmente a la acción preventiva de daños, y, a la par, también hizo lugar parcialmente al reclamo de daños y perjuicios.

En el caso, la actora promovió acción preventiva y resarcitoria. Con la primera solicitó la remoción de un árbol ubicado en el predio del demandado. Sostuvo que es peligroso por ser añejo y de gran porte, y causa molestias que exceden la normal tolerancia. Agregó que despidе una resina que daña y mancha las paredes de su propiedad contigua. Solicitó, por ello, la reparación de los daños (material y moral) producidos (45).

El juez afirmó que el deber de no dañar (*alterum nom laedere*) tiene anclaje en el art. 19 de la CN; y también se encuentra receptado por los arts. 1710 y 1716 del Cód. Civ. y Com.

Analizó, a continuación, los recaudos de la tutela preventiva. Sucintamente, señaló que tiene por fin evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conf. al curso normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente. Procede frente a la amenaza de un daño, una situación fáctica idónea para producirlo en el futuro, haciendo nacer al potencial afectado el interés de obrar suficiente para promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito (citó a Peyrano).

Precisó: no es necesario que se efectivice un daño cierto, basta la amenaza; no es suficiente la creencia del actor, este debe demostrar que

existe un riesgo cierto de que se produzca el daño. Examinó la prueba rendida en autos (perito arquitecto, perito forestal, fotografías, constatación judicial, testimonial) y concluyó que es previsible el peligro del árbol y estimó que corresponde hacer lugar a la medida preventiva.

Consideró los términos del art. 1713 del Cód. Civ. y Com. y señaló que no corresponde disponer la remoción del árbol, como solicitó la actora, porque resulta abusivo, pero sí corresponde ordenar como medidas tendientes para evitar la invasión de las ramas del árbol al predio del reclamante, la poda desde su base como indicó el experto con el fin de evitar que se extiendan o caigan más allá del predio del demandado. Estas medidas, especificó, deben realizarse dentro de los 30 días de quedar firme la decisión bajo apercibimiento de aplicar el art. 517 del Cód. Proc. Civ. y Com.

III.3. Tutela preventiva cautelar

El Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Trelew en la sentencia SIC N° 56/17 del 5 de mayo de 2017, resolvió disponer como medida cautelar la suspensión total de las actividades en el local comercial lindero a la vivienda del actor, hasta tanto la demandada acredite haber efectuado las reparaciones necesarias para lograr su insonorización.

El caso en hechos, sucintamente, es como sigue. El actor presentó una acción preventiva de daño por ruidos molestos, como medida autosatisfactiva, para que se decrete la clausura del establecimiento de enseñanza de danzas (bachata, zumba, cha-cha-cha, kizomba, etc.) que funciona en el local alledaño a su vivienda. Explicó que la municipalidad otorgó habilitación comercial al local, que opera de lunes a viernes de 15 a 22.30 hs y los días sábado desde las 14 hasta las 20 aproximadamente, e incluso fuera de esos horarios en días viernes y domingo. Da cuenta de las intimaciones, trámites administrativos municipales, intercambio de cartas documento, intervención de un especialista en seguridad e higiene, sin resultados positivos.

La jueza consideró que el marco legal de la acción preventiva de daños está previsto en los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com.; adopta el modelo de juez activo, comprometido con la

(45) Aclaro que, por el objeto de la presente nota, solo voy a referirme sintéticamente a las consideraciones que corresponde a la acción preventiva de daños.

prevención de los daños, y por ello puede actuar de oficio según las circunstancias del caso.

Afirmó que el actor planteó la inmisión de ruidos del local contiguo a su domicilio particular, que exceden notoriamente la normal tolerancia, todos los días de la semana.

Repasó la ordenanza municipal 1332/82 que regula la prohibición de ruidos molestos, y la norma IRAM N° 4062 a la que se remite esta ordenanza. Valoró la pericia privada que efectuó el actor de donde surge la constatación del nivel de ruidos en su hogar. Esa verificación es concordante con las intervenciones de la Dirección de Inspección Municipal, que motivaron la decisión administrativa del Juez de Faltas por la que se intimó a la demandada a reducir el nivel de ruidos bajo apercibimiento de multa y clausura, y que la citada suspendió con la promesa de realizar adecuaciones.

Concluyó que el actor, con esos elementos, acreditó la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (posibilidad de agravamiento de las molestias en la vida familiar si continúan los ruidos). También que la demandada tuvo oportunidad de ser oída en sede administrativa y de efectuar las reparaciones necesarias para insonorización, y no cumplió.

En consecuencia, ordenó como medida cautelar la suspensión de total de actividades en el local donde funciona la escuela de danzas, hasta tanto la demandada acredite haber realizado las reparaciones necesarias para su insonorización. Dispuso, también, que una vez acreditada la notificación de la medida, se correrá traslado de la demanda deducida, la que tramitará por las reglas del proceso sumario.

III.4. La tutela preventiva cautelar también requiere acreditar recaudos de admisibilidad

La Cámara de Apelaciones de Civil de Puerto Madryn por la SIC N° 18/2019 del 21 de marzo de 2019, por mayoría resolvió confirmar la decisión de primera instancia, que había rechazado la medida cautelar solicitada por no haberse acreditado la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora.

En el caso, el recurrente sostuvo que el caso debía evaluarse como una acción preventiva del daño, ya que las medidas cautelares que pueden dictarse resultan esenciales en razón del objeto que habilita el art. 1711 del Cód. Civ. y Com.

Sostuvo que la verosimilitud y el peligro se acreditó mediante la constitución en el predio del demandado del oficial de justicia; y la urgencia con el informe técnico de parte del perito arquitecto que adjuntó, donde constan los daños y su origen relacionados con la actividad comercial del local lindante.

Invocó la readecuación de la medida cautelar. Peticionó la clausura del box de lavado que contiene el depósito de aguas residuales más próximo a la pared lindera de predio, y se libre oficio a la municipalidad para que disponga la clausura del comercio.

Señaló que la jueza *a quo* realizó un erróneo encuadre de la medida cautelar en los términos del embargo, cuando se solicitó una decisión judicial innovativa para que el demandado haga algo distinto de lo que está haciendo a fin de asegurar el derecho cuya tutela se pidió.

La Cámara, para resolver como lo hizo, consideró que las medidas cautelares no requieren la prueba terminante del derecho invocado; no obstante, los recaudos de admisibilidad deben ser exhaustivos por razón de la excepcionalidad que esas medidas implican. La solicitud precautoria del actor, además de que está incluida en el fondo, conlleva un adelanto de jurisdicción que no se compadece con la falta de acreditación de los recaudos de las medidas cautelares. El informe técnico de parte informa que la filtración de la fosa “puede haber sido originada” —en modo potencial— por la incorporación de agua residual del lavadero de autos, y también recomienda analizar el líquido para determinar su origen. De modo que no se acreditó con certeza suficiente la relación causal.

En disidencia, uno de los jueces señaló —de modo introductorio— que la prevención del daño no era una temática vinculada a la responsabilidad civil; era un capítulo del derecho público (penal o administrativo); la acción preventiva del daño es un instituto nuevo del Código Civil y Comercial, que no tiene correlato

procesal en la provincia; prevenir implica tomar precauciones o medidas por adelantado para evitar un daño. De allí, en relación con el caso, dijo que si el adelanto de jurisdicción que implica una medida cautelar es importante, con mayor razón lo es la acción preventiva, que exige urgencia de la jurisdicción que minoran el matiz contingente propio de la actividad cautelar; en los presente autos existen elementos suficientes para conceder la medida cautelar solicitada (valora las pruebas) y precisó que en autos se desestimó la vía del amparo y se ordenó tramitar la demanda por vía sumarísima, de modo que la dilación del proceso puede tornar estéril la decisión del fondo al consolidar los daños que se pretenden evitar, y por esto corresponde revocar la sentencia de primera instancia para conceder la medida cautelar solicitada.

III.5. Tutela preventiva del daño como cautelar

La Sala B de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, mediante la sentencia registrada SIC N° 178/16 de fecha 14 de diciembre de 2016, resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por las clínicas codemandadas y, en consecuencia, decretó la medida cautelar de no innovar por el término de cuatro [4] meses, respecto de ambas, quienes con la alternancia señalada deberán otorgar la práctica médica debida a la Sra. X, según los convenios celebrados y al solo requerimiento de la obra social provincial de la que es afiliada la beneficiaria, bajo apercibimiento de aplicar as treintes a favor de la actora.

El caso llegó a conocimiento de la alzada por el recurso deducido por las codemandadas contra la decisión de primera instancia, que rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta contra la obra social actora, y admitió la medida autosatisfactiva.

La Sala interviniente, en lo que interesa a la presente nota, examinó la legitimación de la obra social actora en particular, y señaló que, conf. el segundo párrafo del art. 1028, Cód. Civ. y Com., el estipulante (la obra social) puede exigir al promitente (la clínica demandada) el cumplimiento de la prestación, a su favor, si el tercero no aceptó o el estipulante la revocó, o a favor del tercer beneficiario aceptante.

Luego examinó los recaudos de la medida autosatisfactiva (según la jurisprudencia, pues no está regulada en el código de rito local) y consideró que la posibilidad de la prestación médica requiere mayor debate y prueba, y que esa atención no obstante podía lograrse por medio de una medida cautelar previa al proceso ordinario de cumplimiento contractual con intervención de la afiliada. Este razonamiento, dijo, llevaría al rechazo de la acción. Sin embargo, dijo que en el caso se encuentra comprometido el interés en la prestación médica y la salud de la afiliada, y por ello expresó que “las disposiciones de los arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com., resultan imperativas, no solo para prevenir los daños que pudiera ocasionarla suspensión del tratamiento a la afiliada —y que están siendo proporcionados en Buenos Aires—, sino también los que pudieran derivar para la actora y la demandada en términos de responsabilidad civil”. Analizó las circunstancias concretas del caso, y determinó que el recaudo de la urgencia para otorgar un despacho cautelar estaba acreditado de manera suficiente. En consecuencia, declaró procedente la medida cautelar de no innovar respecto del convenio suscripto por las partes y según el cual las clínicas demandadas —como prestadoras de la obra social— deben otorgar la prestación debida a la afiliada. Agregó la Sala interviniente que, a los fines de lograr satisfacción de sus derechos, las partes, según lo estimen, deberán incoar el proceso de conocimiento pertinente que les permita obtener el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

III.6. Tutela preventiva del daño como cautelar anticipatoria

La Sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, por la sentencia registrada SDC N° 221/18 del día 29 de noviembre de 2018, resolvió hacer lugar al recurso, ordenó la restitución del inmueble en cuestión, bajo apercibimiento de lanzamiento, e hizo lugar al embargo preventivo de las sumas indicadas a los fines peticionados.

El caso llegó a conocimiento de la alzada por el recurso que la actora presentó contra la decisión de primera instancia, que rechazó las medidas cautelares porque consideró que no se advertía la “certeza provisional” necesaria para su admisibilidad y no existía en la especie “irre-

parabilidad del perjuicio” pues de los dichos de la actora estos ya se habían producido.

La Sala interviniente señaló, como previo, que debe determinarse el objeto de la pretensión cautelar sustancial (tutela anticipada) y si se cumplen sus requisitos de admisibilidad que, adelantamos opinión, son más rigurosos que los propios de las medidas cautelares típicas, provisionales o asegurativas. Luego, en caso afirmativo, procede precisar el alcance y contenido de la petición deducida (arts. 1710 y 1711 del Cód. Civ. y Com. y art. 232 del CPR.).

Así, precisó, que el actor promovió un proceso principal ordinario para resolver el contrato de compraventa de un inmueble, y para que se condene su restitución con más los daños y perjuicios derivados de las obras realizadas por la demandada; a la par, inició una medida cautelar anticipatoria para obtener esa restitución, y pidió el embargo preventivo de las sumas abonadas por el demandado para responder por los daños reclamados en el principal.

Luego, señaló —en lo que interesa a la nota— que: a) la tutela anticipada es una herramienta procesal idónea para prevenir el daño (46); b) el anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de las medidas cautelares de tutela anticipatoria, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual a los fines de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquellos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal (47); c) la función preventiva importa evitar o impedir el daño o agravamiento o repetición del daño en curso; d) las llamadas pretensiones urgentes sustanciales pueden tramitar en procesos rápidos (amparo, *habeas data*, medidas autosatisfactivas, etc.) o en procesos comunes (juicios ordinarios o sumarios)

(46) Citó: CACC de Azul, Sala II, causa N° 62.383, 28/12/2017.

(47) Citó: CSJN, 6/11/2011, Fallos: 334:1691 (“Pardo”).

y decretarse de oficio (v.gr. mandato preventivo) o a pedido de partes (v.gr. anticipo de jurisdicción), de modo provisorio o definitivo (v.gr. tutela civil inhibitoria de expresión), en cualquier etapa del proceso (v.gr. anticipo de jurisdicción) o en la sentencia definitiva; de modo principal y exclusivo (v.gr. medida autosatisfactiva) o accesorio (en proceso resarcitorio de daños); todas tienen, en definitiva, una finalidad común: la prevención del daño (arts. 51, 1710 a 1713 y concs., Cód. Civ. y Com.).

En particular, sobre el procedimiento señaló: e) quien pretende la admisión de la tutela inhibitoria o anticipada debe acreditar, con suficiente verosimilitud, que existe un riesgo cierto de que el daño se produzca, o de que se agrave el ya producido, pero no es suficientes la mera invocación de un temor hipotético o eventual. Es decir que el interesado deberá acreditar el referido extremo con prueba directa, o mediante indicios, del peligro que invoca. Abarca no solo los casos en que se produce el daño, sino también para aquellos en los cuales se pide el cese del acto dañoso o se trata de impedir su agravación.

Luego analizó la prueba de autos, tuvo por probados los extremos requeridos para conceder la medida anticipada, así como el embargo de las sumas depositadas para aplicar al objeto del juicio principal, y revocó la decisión de primera instancia en cuanto fue objeto de agravios, con costas por su orden ante la falta de contradictorio.

IV. Síntesis

En el presente comentario repasé, brevemente, y en general, las funciones de la responsabilidad civil según el Código Civil y Comercial. Esquematicé las posiciones que suscita la integración de la prevención junto a la reparación en el capítulo dedicado a la responsabilidad civil. Describí sucintamente la regulación de la acción preventiva de daños en particular, con visión pragmática. Y utilice ese contexto como referencia para la jurisprudencia de la provincia del Chubut que aplicó el instituto de la acción preventiva de daños en concreto.

Como conclusiones, siempre sujetas a revisión, puedo señalar que:

a) El principio “no dañar” (*alterum non laedere*), que está reglado en el art. 19 de la CN, comprende tanto prevenir el daño como reparar el daño producido a terceros.

b) El legislador dispuso que la “responsabilidad civil” cumple tres funciones del derecho vinculadas a los daños injustificados: prevención y reparación, expresamente; y punición implícitamente.

c) Todas las personas, en cuanto de ellas depende, tienen el deber de prevenir daños, y debe adoptar medidas para evitar su producción, continuación o agravamiento.

d) Con la prevención el ordenamiento procura anticiparse al daño para que no ocurra, y si ocurrió que no continúe o se agrave.

e) La acción preventiva del daño puede ser deducida por toda persona que acredite, por un lado, un interés razonable en tutelar un derecho individual (patrimonial o personal) o de incidencia colectiva, y, por otro lado, una conducta amenazante de daño injustificado, su continuación o agravamiento; y procede contra toda persona que con su acto u omisión antijurídico haga previsible esa amenaza.

f) El proceso adecuado para canalizar una acción preventiva del daño debe ser aquel que, en forma preventiva o definitiva, permita (de modo sencillo y rápido) una eficiente y eficaz tutela inhibitoria de la acción u omisión amenazante.

g) La decisión que se adopte para inhibir el daño, su continuación o agravamiento, podrá

imponer, de oficio a pedido de parte, el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer, que, a la vez, tutelen al actor con la menor restricción del demandado.

h) La jurisprudencia del Chubut aplicó la acción preventiva de daños señalando su finalidad general, y los recaudos del trámite que se consideró aplicable y adecuado; y, en particular, decidió que la tutela inhibitoria del daño desplaza al amparo por amenaza; resolvió casos con carácter cautelar y definitivo; trató un reclamo por árbol añejo y de gran porte que amenazaba y perjudicaba una propiedad lindera; intervino en un reclamo por ruidos molestos derivados de una escuela de danzas; rechazó una medida anticipada como preventiva de daño por no haberse acreditado los recaudos de admisibilidad; resolvió con carácter cautelar la tutela preventiva del derecho a la salud de una persona, a instancia de la obra social a la que estaba afiliada y en contra de dos clínicas médicas; hizo lugar a una acción preventiva de daño con anticipación de tutela al disponer la restitución de un inmueble mientras tramitaba la acción ordinaria principal de resolución del contrato de compraventa.

De estos casos resulta patente la finalidad de la acción preventiva de daños, sus recaudos, y la multiplicidad de supuestos a los que puede aplicarse.

En suma, la acción preventiva de daños es un instituto práctico, que, por lo menos en la jurisdicción de la provincia del Chubut, los operadores han empleado con provecho.

Vademécum de la postulación anticautelar: su frontera

Silvia L. Esperanza (*)

Sumario: I. Palabras previas.— II. Introducción.— III. Postulación anticautelar.— IV. Jurisprudencia correntina.— V. Palabras de cierre.

I. Palabras previas

Es necesario realizar algunas advertencias al lector de las líneas que siguen. Por lo pronto, alertamos acerca de que nos enfocaremos al área procesal civil, sin perjuicio de que pueden ser tratadas en otros fueros.

Siempre a título previo, diremos que el tema de la prevención del daño debe ser lo central de permanentes reflexiones. Consideramos que las líneas que siguen contribuirán a esas deliberaciones.

Finalmente, señalamos que cuando hablamos de postulación anticautelar, lo hacemos desde la visión de prevención del daño que causa el abuso procesal cautelar.

II. Introducción

Aclarado lo anterior, subrayamos que el concepto de anticautelar en estas horas ha logrado incorporarse al vocabulario procesal, a pesar de no estar legislado, sin embargo y con muy buen tino lo vemos en el anteproyecto de reforma del Cód. Proc. Civ. y Com. de Corrientes en el art. 203 (1).

(*) Abogada (UNNE). Especialista de Derecho Procesal (UNNE). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Univ. Austral). Exsecretaria de Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes. Exsecretaria del Consejo de la Magistratura. Exsecretaria de la AADP (años 2009/2013). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente del Círculo de Estudios Procesales “Dr. José V. Acosta” de Corrientes. Coautora del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la provincia y del Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia.

La finalidad del presente consiste en analizar el instituto para evitar la consumación del daño por el abuso de las medidas cautelares. Consideramos que es una herramienta procesal que logra el objeto propuesto, equilibrio entre la necesidad del aseguramiento y el perjuicio que ocasiona una cautelar abusiva.

III. Postulación anticautelar

La *postulación anticautelar* (consideramos esta terminología correcta en reemplazo de *medida anticautelar*, como se la conoce) es una herramienta preventiva del abuso procesal cautelar, que procura evitar que quien se encuentra en condiciones de trabar una diligencia cautelar elija la más perjudicial para el cautelado cuando tiene a la mano otras opciones (2).

Destacamos que el peticionante de una anticautelar no se opone a ser gravado por cautelar alguna, sino a determinadas medidas precautorias que pueden perjudicar el desenvolvimiento normal de sus actividades. La postulación anti-

(1) Art. 203. Quien se encuentre en riesgo de que se dicte en su contra una medida cautelar que considere abusiva y que podría causarle graves e irreparables perjuicios, podrá peticionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora y ofreciendo bienes o un seguro de caución suficientes para sustituir la medida cuya prohibición solicita. La resolución que la admita fijará la contracautela por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar. La anticautelar podrá ser impugnada por vía de revocatoria o incidental, las que no tendrán efecto suspensivo.

(2) PEYRANO, Jorge W., “Precisiones sobre las medidas anticautelares”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) - ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción preventiva en Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 643.

cautelar no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar, sino tan solo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar, circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular (inhibición general, por ejemplo) o la traba de una precautoria de determinados bienes (embargos sobre las cuentas de una entidad aseguradora) cuando puede ser reemplazada idóneamente por otra cautelar (3).

En sus orígenes la *medida anticautelar* —denominación inicial— se consideraba un proceso autosatisfactivo, autónomo. Hoy, Peyrano (4) nos dice y coincidimos con su pensamiento, que existe una pretensión anticautelar exógena que da nacimiento a un proceso urgente principal que se desarrollará tal y como cualquier medida (5) autosatisfactiva, solo que culminará con la orden judicial de no embarazar tal o cual parte del patrimonio del requirente. Pero también existe una pretensión incidental endógena que puede tener lugar en el seno de un proceso en trámite (6). Tal pretensión anticautelar endógena no genera un proceso principal sino uno meramente incidental, con singularidades atípicas. Subraya que el éxito está sujeto a los mismos recaudos prescriptos para la variante exógena.

(3) ESPERANZA, Silvia L., “El ideario anticautelar”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) - ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción..., cit., p. 678.

(4) PEYRANO, Jorge W., “La pretensión anticautelar”, LA LEY del 26/03/2020; LA LEY 2020-B.

(5) Consideramos que la denominación correcta es proceso autosatisfactivo.

(6) Por ejemplo, el caso que juzgo la Cámara de Trenque Lauquen, se petitionó en un proceso ejecutivo cuando se ha puesto en tela de juicio por uno de los coejecutados, el instrumento ejecutivo —saldo deudor de cuenta corriente—, causa: “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Hernández Cristian -Transportadora Los Pinos II SA s/ cobro ejecutivo”, expte. 89131. “...al explorar la potencialidad ejecutiva de aquella constancia elaborada por el banco —en la dimensión en que fue cuestionada— lo que prima facie se desprende, es que la cuenta a la cual se refiere está a nombre de una sociedad anónima... Pero el nombre de la cuenta corriente bancaria —tal como aparece en el título ejecutivo— estaría identificado al titular de la misma y ese nombre es solo el de la sociedad... El co-ejecutado petitionó la medida anticautelar, rechazada “in limine” en primera instancia, apelada la Cámara hizo lugar a la tutela anticautelar requerida”.

Avanza aún más y nos dice que ambas no admiten mayores demoras ni substanciación previa porque, claro está, ello posibilitaría que quien estuviera en condiciones de perpetrar el abuso cautelar del caso se apresurara a cometerlo, sabedor de que la postulación anticautelar nada puede hacer ante el abuso consumado.

Es de tener presente que cualquiera sea la postulación anticautelar —endógena o exógena— no puede peticionarse cuando el abuso cautelar se ha concretado, porque justamente, lo que se pretende es evitar el daño que causa la cautelar abusiva. He ahí el límite o frontera de toda postulación anticautelar. Un claro ejemplo de lo que no debe ser es la causa “Pcia. del chaco s/ medida”, expte. nro. 9340-19 del juzgado Civil y Comercial nro. 6 de Resistencia de fecha 31/07/2019, en la que se despachó una medida anticautelar pretendiendo dejar sin efecto una cautelar de fecha anterior, dictada por la Cámara Contenciosa Administrativo de Resistencia (expte. 10621-19, “CH. S. T. s/ medida cautelar”, res. 516 de fecha 29/07/2019) en la que se decidió suspender la vigencia del decreto provincial 2518/2019 que alteró el calendario eleccionario previsto y fijó, como nueva fecha de realización de las elecciones para el 13/10/2019. Reiteramos, la vigencia de una cautelar es la frontera de la postulación anticautelar.

Si bien es cierto que no tiene consagración “procesal” legislativa, podemos afirmar que la base normativa se encuentra en los arts. 1710 y 1712 del Cód. Civ. y Com., este último se refiere a los legitimados activos “quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño”.

Respecto al abordaje del órgano competente para resolver una postulación anticautelar, consideramos que dependerá si esta es endógena o exógena. Para el primer supuesto será competencia del que resuelve la postulación principal y de ser exógena será competente el del domicilio del requirente pues este es quien reclama la intervención judicial dada la urgencia.

Ciertamente que para obtener una decisión favorable a la postulación anticautelar se debe cumplimentar determinados presupuestos, más allá de que no se haya materializado cautelar alguna. Así, tenemos:

a) *Urgencia*: configurada por una situación de vulnerabilidad cautelar del requirente que, por ejemplo, ha caído en estado de *mora debitoris*, por lo que en cualquier momento puede ser objeto de una precautoria que de ser aquellas que lo perjudican especialmente podría llevarlo a la ruina.

b) *Verosimilitud del derecho*: radica en la manifestación de que la medida precautoria a despacharse altera el normal desenvolvimiento de la actividad del afectado, lo que a su vez se torna perjudicial. Así también debe, en el sentido de carga, individualizar de modo inequívoco los bienes o valores (acciones, por ejemplo) a los que se recurrirá para el dictado de la sentencia favorable a la postulación anticautelar.

c) *Contracautela*: Sosa (7) dice que opera sobre la indemnización de los daños —para asegurarla— pero no sobre los daños —para evitarlos—, sobre el tema coincidimos con Peyrano creemos que deberá consistir en una caución real o personal con aptitud para cubrir los perjuicios ocasionados por la anticautelar cuando ella hubiera servido para facilitar maniobras del requirente tendientes a insolventarse. El anteproyecto correntino expresamente dice: “La resolución que la admita fijará la contracautela por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar”.

IV. Jurisprudencia correntina

Buen ejemplo de la postulación anticautelar lo aporta el antecedente jurisprudencial bajo la lupa, “Coliber SA” del juzgado Civil y Comercial de Curuzú Cuatí (Ctes.) del 13/07/2018 (8).

El caso: Se promovió medida autosatisfactiva anticautelar, por los apoderados de Coliber SA, manifiestan que tiene una relación de más de diez años con la firma propiedad de Gustavo L. Bozzi. En el marco de esa relación comercial, y al ver que era inminente la suba de precios de combustible, el Sr. Bozzi ofrece a Coliber SA realizar una compra de combustible a futuro, fijan-

do el precio en el momento de la operación, y entregando en garantía de pago del precio cheques de pago diferidos por un monto total de \$8.828.500, debiendo Bozzi entregar el combustible a medida que Coliber SA lo requiera. Los valores se enviaron y fueron recibidos por Bozzi, dejando constancia que los cheques estaban confeccionados a la orden del citado proveedor. Aclaran que su mandante tiene capital suficiente para responder frente a los acreedores, y por ello pretende evitar la inhibición general en forma apresurada por los organismos jurisdiccionales. Luego de la entrega de los cheques, se intentó comunicar con Bozzi para acordar la entrega del combustible, pero la comunicación resultó infructuosa, pese a lo cual los cheques eran presentados al cobro e ingresados vía *clearing* bancario y debitado el monto de la cuenta corriente de Coliber SA, siendo requeridos sus pagos por las distintas entidades bancarias, causando serios perjuicios a la empresa que se ve perjudicada.

Fundamentos del fallo: La medida anticautelar prevé en algunas situaciones la posibilidad de una sustanciación con la parte contraria. En el caso concreto, tal situación no es factible, toda vez que —conforme el relato de la actora—, y como se ha acreditado con la causa que tramita por ante este Juzgado caratulada “Crédito Social Norte Cooperativa de Crédito, Consumo, Vivienda, Turismo y Servicios Asistenciales Limitada c. Coliber SA s/ ejecutivo”, expte. nro. CXP 10.634/18, es evidente que los valores han sido negociados en el circuito financiero, por lo cual es imposible saber a ciencia cierta quiénes son sus actuales tenedores, si bien existe un indicio con las cartas documento que se van recibiendo. Por ello, y a fin de no afectar sus legítimos derechos, el presentante deberá notificar a tales entidades el ofrecimiento anticipado del inmueble a embargo, una vez que esté en condiciones de ello, es decir, una vez que se anote el embargo como se ordena mediante el presente. En el caso se dan los presupuestos que doctrinaria y jurisprudencialmente se vienen exigiendo para la procedencia de medidas anticautelares, que forman parte de las llamadas tutelas diferenciadas, de urgencia, anticipatorias o preventivas del daño; que, como tales, requieren de un procedimiento expedito, de plazos breves, que como toda tutela urgente privilegia el valor tiempo por sobre el de contradicción plena.

(7) SOSA, Toribio E., “Levantamiento o sustitución ‘anticipados’ de medida cautelar”, ED del 16/04/2014.

(8) Juzg. 1ª Inst. en lo Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatí, 13/07/2018, “Coliber SA s/ medida autosatisfactiva”, AR/JUR/92034/2018.

Comparten con las autosatisfactivas el carácter de ser específicas y exclusivas, por cuanto el interés del postulante se limita a la tutela requerida (prohibición de un despacho cautelar determinado), sin pretensiones conexas.

Resolución: Se dispone trabar embargo sobre el inmueble inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Corrientes, hasta cubrir la suma de \$3.445.000 (\$2.295.000 correspondiente a capital con más la suma de \$1.150.00 que se presupuestan provisoriamente para intereses y costas de las futuras ejecuciones) Acreditada la anotación del embargo dispuesto, se decreta la medida autosatisfactiva solicitada y se dispone que el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y Familia de esta ciudad, deberá abstenerse de dictar medidas cautelares (sea inhibición general, embargos o medidas de no innovar) sobre la Cuenta Corriente nro. xx, CBU xxx del Banco de la Nación Argentina de titularidad de Coliber S.A., CUIT xxx, por hechos relacionados con los cheques xxx.

V. Palabras de cierre

Se encuentra en el ámbito procesal una novel herramienta que nos permite la función preventiva del daño causado por el abuso procesal en las medidas cautelares, sus rasgos característicos son:

1. Urgencia, basada en la existencia de una situación de vulnerabilidad cautelar.

2. Verosimilitud del derecho invocado en la manifestación de que la medida precautoria a despacharse altera el normal desenvolvimiento de la actividad del afectado.

3. Se puede peticionar dentro de un proceso (en el caso sea endógena) o antes de iniciarse el proceso (exógena).

4. Trámite: si es exógena, se tramita vía proceso autosatisfactivo, si es endógena, vía incidental, *inaudita pars*.

5. Competencia: de ser endógena el juez, es competente el juez que entiende la causa principal, si es exógena el juez del domicilio del requirente que es quien pretende.

6. Es indispensable que no se haya materializado cautelar alguna.

Como toda institución nueva encuentra resistencia, el tiempo nos irá dando la razón; estamos en presencia de un instituto procesal muy útil para prevenir el daño que produce el abuso cautelar.

La prevención, las inmisiones inmateriales y la denuncia de daño temido

Juan José Guardiola (*)

Sumario: I. El marco normativo del deber de prevención y la acción preventiva.— II. Las inmisiones inmateriales.— III. La denominada denuncia de daño temido (art. 2499, segundo párrafo, Cód. Civil derogado).— IV. Casuística en la materia con posterioridad al Cód. Civ. y Com.

I. El marco normativo del deber de prevención y la acción preventiva

1.1. El cambio experimentado en materia de derecho de daños, al pasar de ser considerada la indemnización como una deuda de responsabilidad a ser calificada como un crédito por reparación, aparejó también en ese nuevo marco donde la víctima es el eje de la responsabilidad civil, que esta haya sido redefinida en un nuevo perfil comprendiendo además de la función resarcitoria (arts. 1716, 1738, 1740, Cód. Civ. y Com.), la función de prevención (arts. 1710 y ss.), en igualdad de jerarquía (art. 1708, Cód. Civ. y Com.).

Ello como derivación en un *prius* lógico del deber genérico de no dañar, principio básico de la responsabilidad civil recogido por el postulado romano del *neminem laedere* (1), que se

instala, a diferencia de la resarcitoria que constituye una intervención *ex post*, en un instante o estadio anterior al acaecimiento del perjuicio (actuación *ex ante*); y a la que actualmente pueda atribuírsele cierta autonomía en razón de su nueva específica regulación (2), que encuentra su fundamento en lo dispuesto por los arts. 19 y 42, CN.

Prevenir es anticipar lo necesario con el fin de evitar algo estimado dañoso o perjudicial. Y si este ya comenzó a operar, también es prevención mitigarlo —haciéndolo disminuir en la magnitud y extensión de sus consecuencias—, no agravarlo o hacerlo cesar para evitar el mayor daño futuro (3). No se trata sino de “evitar o minimizar los costes de los accidentes incentivando comportamientos eficientes precavidos” (4).

Com.], son el fundamento constitucional de la función preventiva de la responsabilidad civil”.

(*) Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina Sta. María de los Buenos Aires. Diploma de Honor en la carrera de Derecho. Escribano, Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional del Noroeste. Especialista de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca (España). Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Junín de la Pcia. de Bs. As. Asesor académico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Titular ordinario de Derechos Reales e Intelectuales en la Universidad Nacional del Noroeste (UNNOBA) y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (UNLZ).

(1) Conclusión por unanimidad de la Comisión 4 XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil UNLP 2017 “El alterum non laedere y la buena fe [art. 1710 b) Cód. Civ. y

(2) FIORENZA, Alejandro A., “El deber de prevenir el daño. Análisis del art. 1710 del Cód. Civ. y Com.”, ED diario 24/05/2018; UBIRÍA, Fernando A., “Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, 2015 p. 53, FRÚGOLI, Martín A., “Función preventiva ¿y punitiva? En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Microjuris MJD7128.

(3) NICOLAU, Noemí L., “La Tutela Inhibitoria y el nuevo art. 43 de la CN”, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. I, 579 y “Prevención y cesación del daño. reparación de los daños derivados de la omisión antijurídica y de la prevención exitosa”, RC D 112/2018, t. RDD: 2017 3 Cuantificación del daño.

(4) LLAMAS POMBO, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños”, en MORENO

Este deber de modo genérico recae sobre sobre todo aquel (“toda persona”) que se encuentra en posición de evitar, disminuir, no agravar el daño, en cuanto de ella dependa, es decir esté a su alcance, desde luego sin que ello le genere un menoscabo, y especialmente respecto a quien considerando la situación de persona, tiempo y lugar, las circunstancias concretas, al estar en su esfera de control la posibilidad de prevenir (causalidad), le imponen un deber inequívoco de actuar, sea expreso o tácito (5). Es aplicable tanto en el ámbito contractual como en el extra-contratual de la responsabilidad, para la tutela de intereses individuales como de incidencia colectiva, y también en el Derecho Privado como en el Derecho Público (ejemplo de lo cual tenemos recientemente el ejercicio del poder de policía del Estado para la prevención en protección del conjunto de la sociedad frente a la pandemia del Coronavirus COVID-19) (6).

Asimismo, se alude a la prevención general (7) en donde el sujeto decide de manera voluntaria no realizar determinada actividad o bien llevarla a cabo previo invertir en medidas

MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, ps. 443-478.

(5) Conclusión por unanimidad XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil “El deber de prevenir recae tanto sobre personas humanas como personas jurídicas públicas o privadas. En razón de lo dispuesto por los arts. 1764 a 1766 del Cód. Civ. y Com., la acción preventiva contra el Estado, sus organismos y/o funcionarios públicos, tiene fundamento en la Constitución Nacional y en la aplicación analógica de las normas de acuerdo con lo establecido en el art. 2º del Cód. Civ. y Com.” COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición en la responsabilidad civil”, Colección *El Derecho*, p. 92: “El Estado o aquellos entes públicos tendrían legitimación pasiva cuando ocurran actos u omisiones ilícitas de terceros y se atribuya al Estado el cumplimiento de sus funciones de contralor o supervisión del servicio público”

(6) XIV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 2016 Comisión 1): “El deber de prevención es un principio general del derecho. Rige también respecto del Estado y de los funcionarios públicos” (Unanimidad).

(7) Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) entendieron que también “Las instituciones que determinan condenas pecuniarias implican una función de prevención general que se adiciona a la función de prevención especial.

preventivas, para evitar el daño, distinguiéndola de la prevención específica en los casos en los cuales es el Estado (por ejemplo, a través de un funcionario administrativo o de un juez) quien decide prohibir directamente una actividad o cierta acción para evitar un daño. A diferencia del caso anterior, aquí no habría una decisión voluntaria de los individuos que generan o pueden generar el riesgo, sino una decisión impuesta por el Estado (8).

I.2. Así, la vía por la cual se puede propender a esa evitación no solo puede ser de hecho, usada con la razonabilidad que el art. 1710, Cód. Civ. y Com., contempla, sino también la judicial. Es la acción llamada inhibitoria por la doctrina (9), que el Cód. Civ. y Com. —con el beneplácito general (10)— ha regulado específicamente en el art. 1711 y cc. consagrando una acción preventiva típica y autónoma de naturaleza sustancial (11).

Vélez Sarsfield, no obstante incluir en su Código un buen número de normas de naturaleza preventiva en materia de derechos reales particularmente en las restricciones y límites al do-

(8) TOLOSA, Pamela, “Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial”, *RCyS* 2012-XII, 14.

(9) ROJAS, Jorge A., “Los principios procesales y la tutela preventiva”, *RDD* 2016-2 Prevención del daño, p. 296.

(10) III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 2012) entre otras cosas concluyó “estima apropiado que se consagre, en los términos proyectados, el deber general de prevención y particularmente la recepción de una acción de prevención o preventiva genérica.” XXVII JNDC (UNLitoral, 2019) Comisión 3: “Prevención: 6-La adecuada protección del daño injusto (a partir del redimensionamiento del *alterum non laedere*), impone prioritariamente la adopción de medidas de corte evitatorio en el desarrollo de actividades peligrosas o riesgosas, conforme el nuevo principio rector del sistema consagrado por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. y otras importantes normas (art. 43 CN, arts. 9º, 10, 1770 y cc. del Cód. Civ. y Com.). (Unanimidad)”

(11) Desde el caso “Bernabé Correa” (CS, 22/06/1923, Fallos: 138:154, Cita Online: AR/JUR/4/1923) se ha admitido la validez de la legislación del Congreso nacional en materia procesal no obstante ser de competencia local cuando su fundamento está dado por la finalidad de asegurar la eficacia o efectividad de los institutos de fondo en todo el territorio argentino.

minio (12) por la relevancia que tenía en aquel tiempo la tutela de la propiedad (v.gr. excavaciones y fosos arts. 2615 y 2624, mantenimiento de edificios art. 2616, construcciones peligrosas para vecinos art. 2621 y medianeros arts. 2622 y 2623, derivación de aguas pluviales arts. 2630 y 2634 y de aguas de un terreno superior al inferior arts. 2650 a 2653) y también de la garantía hipotecaria (arts. 3757 a 3761) y de contemplar algunas acciones puntuales de naturaleza preventiva (v.gr. confesoria art. 2796 cuando se impidiese el ejercicio de derechos inherentes a la posesión; negatoria art. 2800 antes que la turbación se convierta en desposesión o la posesoria de obra nueva arts. 2498 y 2499) (13), en consonancia con el criterio adoptado por la mayoría de los códigos de la época y en particular el *Esboço de Freitas* (art. 3695), dejó en claro en la nota al art. 1132 que las medidas preventivas de daños no eran de incumbencia del poder judicial. Esta regla empezó a resquebrajarse en la legislación posterior (v.gr. arts. 79, ley 11.723, 15 ley 13.512, 20 y 21 ley 18.248, la ley 21.173 al incorporar el art. 1071 bis al Cód. Civil, 53 a 55 de la ley 23.551, 1º ley 23.592, 42 ley 24.240, 68 ley 24.449, 31 ley 24.557) y con la reforma de la ley 17.711, con la modificación del art. 2618 para el supuesto de inmisiones y la incorporación del segundo párrafo al art. 2499 al establecer la denominada denuncia de daño temido (14). Sin embargo, fue por la incidencia del Derecho Procesal a través del desarrollo de determinados instrumentos (amparo, habeas data, medidas autosatisfactivas que con la concesión del

objeto de la pretensión agota el proceso, tutela anticipada que adelanta en el curso del proceso la pretensión sustancial objeto del litigio, el mandato preventivo judicial, etc.), que con anterioridad al nuevo código se canalizaron las pretensiones preventivas (15).

I.3. La pretensión preventiva ahora regulada procede cuando se cumplen determinados requisitos (16):

1) Una conducta (acción u omisión) antijurídica [en sentido material en el plano extracontractual (17) y se discute si en el contractual debe ser formal (18)].

(15) 05/12/2006, “Chirino, Luis Norberto c. Carrefour Argentina SA y ot. s/ Daños y perjuicios”, “La prevención resulta sin duda la mayor aspiración de la teoría sobre el daño resarcible. La preocupación preventiva ha existido siempre, pero se ha acrecentado en los últimos tiempos, habilitándose así distintos mecanismos inhibitorios compulsivos, observando que en el plexo de los derechos personalísimos, cuál resultan los vinculados a un hábitat sano, a la privacidad y a la intimidad, comprendidos en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional y en sus arts. 18 y 19 y 33, los perfiles preventivos se exponen con fuerte presencia operativa, correspondiendo arbitrar distintas medidas cautelares contra cualquier conducta abusiva, buscándose preferentemente impedirla o abortarla antes que la indemnización pecuniaria reparadora, o, en su caso, reestablecer al perjudicado en la situación en que se hallaba antes de sufrir la intromisión ilegítima, abusiva o arbitraria” (CC0002 SM 57416 RSD-382-6 S, Juba B2003777)

(16) FAJRE, Santiago, “Los presupuestos de la función preventiva”, *RCyS* 2019-XII, 37.

(17) Por eso, no es suficiente ni relevante que exista autorización administrativa para una actividad empresarial, si genera molestias que exceden una normal tolerancia (art. 1973).

(18) XXVI JNDC “La antijuridicidad a la que alude el art. 1711 del Cód. Civ. y Com., debe ser aprehendida, según el ámbito como: a) En un sentido material, en lo extracontractual. b) En un sentido formal, en lo contractual. Aprobado por mayoría. - Despacho B. La antijuridicidad material comprende ambas órbitas. Votos: Moreno; Farina; Lammana Guiñazú; Ubiría; Torello; Morón; Tagliani; Centeno; Gatto; Pizarro; Rojas; Gorosito. Como señala Pascual E. ALFERILLO [en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª ed., t. VIII, p. 22] cuando el daño se produjo y se trata de morigerar su continuación o agravamiento, la antijuridicidad de la acción u omisión ya tipificó por trasgredir el deber genérico de prevención y la presunción reglada en el art. 1717, por lo cual el dañador deberá probar la causa de justificación (arts. 1718 y 1734).

(12) Ver ALTERINI, Jorge H., “El derecho de daños en los límites del dominio”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini*, Ed. Abeledo Perrot, p. 828.

(13) SÁENZ, Luis, en CALVO COSTA (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, t. II, p. 689; CASAS, Juan, en BUERES (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, t. 2, p. 156.

(14) PARELLADA, Carlos A., “La función preventiva y la defensa de la biodiversidad”, *Revista de Derecho de Daños* 2016-2, Ed. Rubinzal y Culzoni, ps. 562-595: “El cambio de paradigma que centraba la responsabilidad sobre el daño causado y comenzaba a admitir la prevención se manifestó en el t.o. por el dec.-ley 17.711 del art. 2499, Cód. Civil —hoy derogado—, que admitió las medidas cautelares en torno al daño temido; al art. 2618, Cód. Civil —hoy derogado—, al admitir la posibilidad de hacer cesar las molestias por las inmisiones entre fundos vecinos.

2) La amenaza de un daño (en su producción, continuación o agravamiento) probable (previsibilidad objetiva, ponderada con base en estándares de causalidad adecuados) no justificado, aunque no fuere inminente o grave.

3) Una relación de causalidad potencialmente adecuada entre la omisión del deber de prevención y el probable daño (19).

4) El interés razonable del peticionante, el que puede consistir en un interés simple y no necesariamente ser un derecho subjetivo, patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo del accionante. La configuración de un interés razonable presupone la confección de un test comparativo de “razonabilidad” entre el daño que se procura conjurar y las consecuencias perjudiciales que ello puede acarrear al destinatario de la acción preventiva del caso (20).

5) Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos (21).

No se requiere la concurrencia de un factor de atribución (subjetivo u objetivo) (22). Aclara bien Zavala de González (23) que ello no implica que no deban existir motivos razonables para el surgimiento de una obligación preventiva frente a menoscabos que el sujeto

puede y debe impedir por razones que le conciernen, no cuando nada tiene que ver con la fuente del peligro nocivo o con la factibilidad de eliminarlo. “Lo que la ley busca —dice López Herrera (24)— es que la prevención sea rápida y eficaz. Exigir la demostración de la culpa de alguien, llevaría en muchos casos a la esterilización de las buenas intenciones del remedio propuesto. Si el peticionante es arriesgado responderá, como en todos los casos, por el abuso de la medida cautelar solicitada”.

Nada impide que pueda ser articulada con otra de naturaleza resarcitoria, particularmente, cuando se trate de hacer cesar conductas dañosas ya iniciadas preventiva es genérica, autónoma de dar, hacer o no hacer.

No tiene carácter excepcional, no es de interpretación restringida ni subsidiaria.

No reclama que no exista una vía judicial más idónea. Al respecto debe tenerse en cuenta que “es una estrategia legislativa plausible y frecuente diseñar instituciones que satisfagan cada una de ellas, más de una función-finalidad. Y a su vez perseguir cada uno de esos objetivos a través del juego armónico de más de una institución... Si por ejemplo hablamos de función preventiva, en el sentido de función-finalidad, es posible que un mismo cuerpo legal contenga varias normas e instituciones orientadas a esa meta y que todas o algunas de ellas tiendan también a otros objetivos, como por ejemplo a la función resarcitoria. La adscripción de funciones ‘uno a uno’ (asignar a una institución exclusivamente función preventiva, a otra función resarcitoria, etc.) en síntesis, parte de una restricción que no tiene por qué constreñir a los legisladores, ni parece una guía adecuada para sancionar leyes o para interpretar el ordenamiento jurídico. No existe ninguna necesidad lógica ni pragmática que la imponga” (25).

“El juez tiene amplias facultades a la hora de resolver fundada y razonablemente y no está

(19) Conclusión por unanimidad de las XXVI JNDC.

(20) PEYRANO, Jorge W., “Más sobre la acción preventiva”, LA LEY 2016-A, 1221.XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Jujuy 2015: “En la acción preventiva regulada por el Código Civil y Comercial, la legitimación activa es amplia, y corresponde a toda persona que demuestre un “interés razonable” en prevenir el daño (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). La legitimación pasiva alcanza a toda persona que tenga a su cargo el deber de prevención del daño (art. 1710)”.

(21) GALDÓS, Jorge M., “El mandato preventivo. Una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil”, Revista de Derecho de Daños 2016-2, Prevención del daño RC D 1219/2017.

(22) Conclusión de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011) Comisión 3 Derecho de Daños. Principios de prevención y precaución: “En la acción preventiva no es aplicable la noción de factor de atribución”.

(23) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo código”, Ed. Alveroni, t. I, p. 232.

(24) LÓPEZ HERRERA Edgardo, en RIVERA - MEDINA (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. La Ley, t. IV, p. 1000.

(25) ACCIARRI, Hugo A., “La función preventiva y el análisis económico del derecho”, Revista de Derecho de Daños 2016-2, Prevención del daño, ps. 154-155.

compelido a seguir los planteos de las partes, pudiendo inclusive, actuar de oficio (26).

“En virtud de ello, el ejercicio de estas facultades no transgrede, en esta materia, el principio de congruencia.

“El juez debe resolver ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

“La idoneidad del medio seleccionado, se vincula no solo al resultado final procurado, sino también con las técnicas procesales eficaces para asegurar su concreción” (27).

A la misma conclusión arribó el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Jujuy, 2015): “Los jueces tienen amplias facultades para instrumentar la acción preventiva, incluso para disponer el tipo de medida que considere más idónea para la prevención, aunque no haya sido solicitada por el reclamante, debiendo procurarse el menor perjuicio posible al obligado. En este aspecto, doctrina y jurisprudencia preconizan una flexibilización en el principio de congruencia”.

“Resulta importante que el juez, cuando la dificultad de la situación fáctica lo amerita, determine un mecanismo o programa de ejecución, con plazos y etapas, y —en su caso— apercibimientos y sanciones, quedando sujeto al control

(26) II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal (Villa Mercedes-San Luis, 1981), entendieron que “La actividad judicial no se agota necesariamente, en la solución de la litis, cuando la realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente, medidas que —stricto iuris, conculcarían el principio dispositivo y el de congruencia. La misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables se cuenta entre las atribuciones judiciales implícitas...” Las XXIII JNDC (Tucumán 2011) concluyeron: “La tutela inhibitoria —de oficio— es procedente en aquellos supuestos en donde se patentice el riesgo, cualquiera sea el objeto del proceso. En el marco del régimen jurídico vigente se deben usar con amplitud todos los mecanismos para asegurar la eficacia de la sentencia que ordene la prevención”.

(27) XXVI JNDC por unanimidad.

judicial lo atinente a la verificación de su cumplimiento” (28).

En lo que se refiere a la índole de las decisiones judiciales preventivas, estas pueden ser: a) “definitivas” cuando resuelven y acogen la pretensión principal planteada con tales fines (que pueden sustanciarse por el trámite del procedimiento ordinario, amparo, como medida autosatisfactiva, etc.); b) “provisorias”, cuando se disponen como medida cautelar, o de tutela anticipada (29).

Tenemos entonces que “las normas citadas, recogiendo el derecho jurisprudencial anterior, admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido solo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer” (30).

I.4. En lo procesal las XXVI JNDC recomiendan: “*De lege ferenda*. Es conveniente el dictado de normas procesales que regulen el trámite que canalice la acción preventiva” (31).

(28) CCiv. y Com. de Azul, sala II, 17/11/2016, “Espil, María Inés y otro/a c. Apilar SA y otro/a s/ daños y perj”, voto del Dr. Galdós, Cita Online: AR/JUR/73331/2016.

(29) Conclusión XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

(30) Ver nota 28.

(31) CALVO COSTA, Carlos A. [“La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del derecho de daños?)”, RCyS 2018-III, 20] piensa que “uno de los grandes inconvenientes que sigue presentando el instituto, es la falta de directivas procesales en torno al tipo de procedimiento a través del cual se va a viabilizar la acción preventiva. Si bien la norma dispone que deben adoptarse “los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, no queda claro cuál será el procedimiento adecuado. A priori, más allá de la imperiosa necesidad de regulación procesal específica que existe al respecto, debemos destacar que no podría llevarse a cabo la finalidad preventiva del instituto, sin que este se lleve a cabo con urgencia, tal como podría realizarse con un proceso sumarísimo”. El XXIX Congreso Nacional de De-

Y así lo hicieron el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz (ley 1418 modificada por ley 3453): “Tutela preventiva. Art. 472.— Prevención del daño. Podrá iniciarse un proceso que tenga como objeto principal prevenir un daño o disminuir su magnitud, cuando exista riesgo razonable de que se produzca o agrave, en su caso. No es exigible ningún factor de atribución. Art. 473.— Legitimación. Está legitimado para promover la acción cualquier persona que acredite un interés razonable. Art. 474.— Trámite. La acción tramitará por el proceso ordinario o sumarísimo, según lo determine el Juez, en resolución que será irrecurrible. Ello, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretarse. Art. 475.— Sentencia. La sentencia que admite la pretensión deberá disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda”. Y el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza (ley 9001). “Art. 3º.-... II - Acción de tutela preventiva. 1.— Quien ostente un interés razonable en la prevención de un daño, estará legitimado para deducir la acción preventiva prevista por las normas de fondo, ofreciendo toda la prueba sobre la previsibilidad del daño, su continuación o agravamiento. Será competente el Juez del lugar en donde el daño pueda producirse. 2.— El Juez meritara sumariamente la petición y resolverá si la admite o la rechaza sin más trámite, mediante auto que será apelable. a) En caso de ser admitida y si se conociere el legitimado pasivo, se le dará traslado por tres [3] días, quien al evacuarlo deberá ofrecer toda la prueba. Vencido dicho plazo deberá emitirse pronunciamiento sobre la admisión de la prueba, la que se sustanciará en una sola audiencia a celebrarse dentro de los tres [3] días. b) Si se desconociese el legitimado pasivo, el Tribunal directamente se pronunciará sobre la prueba, la que deberá rendirse en un término no mayor de tres [3] días. c) Rendida la prueba, se llamará autos para sentencia, la que se dictará en el término de tres [3] días y será apelable en igual

plazo, por quien ostente interés legítimo. d) En el caso previsto en el inc. b) la sentencia será publicada por los medios establecidos por este Código a fin de garantizar su mayor publicidad. La sentencia se presumirá conocida a los cinco [5] días de la última publicación. e) En situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el Juez podrá ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño. La revocación de tales medidas podrá ser solicitada por quien acredite interés legítimo, y en tal supuesto, el Juez fijará inmediatamente una audiencia a la que convocará a los interesados. Concluida la misma, resolverá por auto en el plazo de tres [3] días. 3.— En los casos b) y e) deberá exigir el Juez contracautela suficiente. 4.— La resolución que se dicte será apelable en el plazo de tres [3] días, en forma abreviada y sin efecto suspensivo. 5.— El interesado podrá optar por encausar su pretensión preventiva por la vía del proceso de conocimiento”. El proyecto santafesino de Código Procesal (Mensaje 4704 PE del 11/07/2018) en su art. 387 dispone: “La acción preventiva prevista en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. se sustanciará por el procedimiento ordinario o sumarísimo, según fueran las circunstancias del caso valoradas por el juez”.

Ahora bien, como expresó el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal: “Sin perjuicio de una eventual regulación específica por los ordenamientos procesales, la determinación del proceso judicial idóneo para la acción preventiva dependerá del tipo de conflicto y la urgencia inherente, todo lo cual deberá ser valorado por el juez, quien podrá incluso reconducir la postulación presentada, respetando las garantías propias del debido proceso”.

De los Santos (32) clasifica las vías procesales para la tutela preventiva en acciones principales de contenido inhibitorio o de remoción del ilícito, con efectos definitivos (amparo, habeas data, autosatisfactivas) o peticiones accesorias de naturaleza preventiva y provisoria en el marco de un proceso principal (medidas cautelares y tutelas anticipadas). Ello sin perjuicio de las que

recho Procesal (Santiago del Estero 2017 Comisión Civil) recomendó: “La efectiva realización del paradigma de tratamiento de los conflictos que establece el Cód. Civ. y Com. requiere de la adecuación del sistema de justicia y del dictado de normas procesales acordes a las nuevas garantías y estructuradas con depurada técnica legislativa que garantice su operatividad”.

(32) DE LOS SANTOS Mabel, en PEYRANO (dir.) - ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, “Vías procesales para deducir la pretensión preventiva”, ps. 199-252.

puedan disponerse oficiosamente, por mecanismos previstos en determinadas leyes (art. 32, ley 25.675) o como complemento de una sentencia resarcitoria para evitar daños por la misma causa (mandato preventivo).

Camps (33) distingue entre la pretensión preventiva propiamente dicha (cuando el daño aún no ocurrió, en la cual las medidas pertinentes integrarán una sentencia de condena, con carácter definitiva, dictada necesariamente a pedido de parte y previa bilateralización) de la preventiva de cese (que busca que las consecuencias se detengan o no se agraven) que puede articularse de modo autónomo (en las que también podrán jugar las medidas cautelares específicas requeridas por las partes como disposiciones de oficio) o de modo dependiente (incidental o cautelar) luego del inicio del juicio indemnizatorio.

Baracat (34) enumera, sin pretender agotar el catálogo de herramientas procesales a disposición de los jueces para prevenir el daño: a) la sentencia mere declarativa para prevenir el ulterior incumplimiento (v.gr. art. 1º, Cód. Proc. Civ. y Com. Santa Fe); b) la tutela preventiva por medio de una resolución autosatisfactiva (v.gr. arts. 785/790, Cód. Proc. Civ. y Com. Corrientes; 253 del Cód. Proc. Civ. y Com. Chaco ley 2559-M, 305 Cód. Proc. Civ. y Com. La Pampa); c) el mandato preventivo de daños (35) (manda-

to oficioso que el juez decide emitir para evitar la repetición del perjuicio a la misma víctima o un tercero; puede ser en sentido estricto dotado del poder jurisdiccional que impone una carga al destinatario o atípico que es exhortativo que hace saber o insta a las partes o terceros generalmente el Estado para que adopte las medidas necesarias (36), el clásico o el complementario que es cuando el juez lo dispone no mediando reclamo sobre el punto si de las actuaciones surge un peligro futuro para la víctima); d) el amparo preventivo ante la amenaza de daño; e) las medidas cautelares, innovativa como la prohibición de innovar; f) la medida anticautelar para prevenir el perjuicio que podría ocasionar al cautelado una medida cautelar abusiva o anti-funcional (37).

de las autoridades administrativas, a quienes decide dar intervención. También el voto del Dr. de Lázari que hizo mayoría en la causa resuelta por la SCBA, 30/03/2005, "Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejeda, Gustavo J. y otra", Cita Online Thomson Reuters: 70019813 (que incluso mantuvo el mandato respecto a medidas de seguridad en un paso a nivel ferroviario pese a rechazar la demanda indemnizatoria). Doctrina dejada de lado por el mismo tribunal en la causa C. 88.669, "Saladino, Olga Lucía y otros c. Balcabao, Oscar Santiago y otros. Daños y perjuicios", 11/06/2008, Juba B27744. En un caso de hidroplaneo y la obligación de señalización y reparar la calzada ver el fallo de la CCiv. y Com. Junín, 06/11/2008, "Broggi, Pedro c. Provincia de Buenos Aires —Dirección de Vialidad—", Cita Online Thomson Reuters: 70049780.

(36) GALDÓS, J. M., "El mandato preventivo...", ob. cit.; Ver también PEYRANO, Jorge W. "La flexibilización de la congruencia en sede civil. cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", RC D 2315/2012, t. 2007 2, Sentencia - I; y "Lineamientos de la jurisdicción preventiva" "La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión resulta desestimada", en COSSARI, Maximiliano N. G. (dir.), La acción preventiva..., ob. cit., p. 106.

(37) El XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal expresó: "... Distintas herramientas procesales resultan aptas para dar cabida a la tutela preventiva, tales como: la pretensión mere declarativa, medidas cautelares, amparo preventivo, algún tipo de habeas data como el destinado a asegurar la confidencialidad de la información, la medida autosatisfactiva, la acción preventiva de daños y con sus especificidades, la destinada al medioambiente, el mandato preventivo de daños, la modalización de la condena pecuniaria, la censura del abuso procesal y en ese marco la medida anticautelar, el control de convencionalidad en abstracto, entre otras". En 1995, la Comisión 2 de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNMar del Plata) al ocuparse de la Responsabilidad civil

(33) CAMPS, Carlos, "Derecho Procesal Civil y Comercial Eficaz", Ed. Erreius, t. II, ps. 1491-1494. Siguen este criterio RAMÍREZ AMABLE — BASALDÚA — ACEVEDO, "La acción preventiva de daños prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación," en PEYRANO (dir.) - ESPERANZA (coord.), La acción preventiva..., ob. cit., 505-506.

(34) BARACAT, Edgar J., "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial", en PEYRANO (dir.) - ESPERANZA (coord.), La acción preventiva..., ob. cit., ps. 324 y ss., y en LA LEY 2015-D, 648.

(35) Precursora fue en la materia la sentencia de Héctor P. Iribarne, JCMorón N.º 8 del 08/07/1986, causa "Altamirano, Elsa c. Cerámica Martín SA y otros", LA LEY 1987-D-373 (aunque fuera revocada en Alzada), por la que se ordenaba el cerramiento de un predio en el que había fallecido ahogados menores y obligaba a la empresa demandada a hacer tareas de restauración del cauce del arroyo que había modificado, aseguramiento del descenso de aguas pluviales y drenaje. Todo ello bajo apercibimiento de disponer la realización a su costa, por parte

II. Las inmisiones inmateriales

II.1. El art. 2618 del Código derogado reformado por la ley 17.711, que tuvo su fuente en el art. 844 del Código italiano de 1942, contempló como límite del dominio vinculado a cuestiones de vecindad que las molestias comúnmente conocidas como “inmisiones inmateriales” [aunque en rigor es más preciso denominarlas indirectas, es decir aquellas invasiones o intrusiones en la esfera de exclusión propia por la dispersión o propagación de agentes o sustancias inasibles —humo, ruido, vibraciones, calor, luminosidad, hollín, polvillo, radiación, vapor, humedades, etc.— provenientes de actividades realizadas en un inmueble vecino (38)] deben ser soportadas en tanto “no excedan la normal tolerancia (39) teniendo en cuenta las condiciones del lugar”.

Además de ese umbral, medido de acuerdo con un criterio objetivo tomando como patrón el hombre medio (40), la norma introdujo otras pautas que el juez debe ponderar en su aplicación: 1) el ejercicio regular del derecho de propiedad (41) (que apunta no a la “tolerabilidad normal” del afectado sino a la medida del uso del propio derecho por parte del inmi-

por la actividad industrial, concluyó: “... b) Prevención Es procedente la tutela inhibitoria cuando hay amenaza de daño a bienes individuales o colectivos, siendo aplicables el amparo, la denuncia de daño temido y las diferentes medidas cautelares disponibles”. Ver también sobre los aspectos sustanciales y procesales MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Función preventiva de la responsabilidad civil”, LA LEY 2019-F, 939.

(38) COSSARI, Nelson G. A., “Daños por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia”, Ed. Hammurabi, cap. 2, ps. 31 y ss.

(39) El texto originario de Vélez en sentido similar indicaba “incomodidades ordinarias”.

(40) PUERTA de CHACÓN, Alicia, en ZANNONI - KEMELMAJER de CARLUCCI, “Código Civil y leyes complementarias Comentado, anotado y concordado”, Ed. Astrea, t. 11, p. 60; CS, 1986, “Sielecki Daniel c. Bernardo J. Bischof y otra”, CS, Fallos: 302:2129.

(41) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2013 Universidad de Buenos Aires) Comisión 5: “... 3º) El fundamento de los límites radica en la potestad del legislador que condiciona el reconocimiento del dominio privado al recto ejercicio que de él se haga en función de sus fines individuales y sociales”.

tente) (42); 2) las exigencias de la producción, atendiendo a la importancia y repercusiones económicas de la actividad desarrollada y el número de empleados afectados a esta; 3) la prioridad en el uso (gran parte de los autores —Borda (43), Laquis (44), Kiper (45), Federico Highton (46)— señalan que no es un criterio autónomo sino complementario del anterior. Otros, en cambio —Alterini, Cossari—, a cuya opinión adscribo, entienden que es autónomo, aunque debe correlacionarse a las demás exigencias, como una cuestión de hecho subordinada a las circunstancias de cada caso). Andorno (47) destaca con razón que este parámetro cronológico va siendo desplazado por las reglamentaciones municipales de zonificación.

Resulta, en cambio, irrelevante la existencia o no de una autorización administrativa: puede configurarse la antijuridicidad habiendo sido concedida y puede presentarse un obrar irreprochable sin mediar ella (48).

(42) LAFAILLE, Héctor — ALTERINI, Jorge H., “Tratado de Derechos Reales”, Ed. La Ley-Ediar, 2ª ed. actualizada, nro. 846 ter, t. II, ps. 539-540. Reflejaba esta idea con una redacción más clara el Proyecto de 1998: “Art. 1913.— Inmisiones. Los actos realizados en ejercicio regular del dominio, que no excedan la normal tolerancia, no dan lugar a ninguna acción...”

(43) Derechos Reales I, p. 411.

(44) Derechos Reales IV, p. 272.

(45) “Código Civil Comentado. Derechos Reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 40.

(46) HIGHTON, Federico R., “La empresa y sus vecinos. los ruidos molestos”, LA LEY 1995-D, 28.

(47) ANDORNO, Luis O., “Las molestias de vecindad (art. 2618 del Cod. Civ.). La responsabilidad por daño ambiental”, JA 1999-IV-1082.

(48) PUERTA de CHACÓN, ob. cit., ps. 66-67; ALTERINI Jorge H. - ALTERINI Ignacio E. — ALTERINI, María Eugenia, “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, t. I, Parte General, ps. 574-575; CNCiv., sala H, 01/10/1999, “Subterráneos de Buenos Aires SE c. Propietario de la estación de servicio Shell calle Lima entre Estados Unidos e Independencia”, Cita Online Thomson Reuters: 994575; CNCiv., sala C, 25/04/1996, “Luqui, Juan B. c. Los Inmortales”, LA LEY 1997-D, 857. Véase la nota de Vélez Sarsfield al art. 2619. Congreso Internacional “La Persona y el Derecho a fin de siglo”, Santa Fe, octubre de 1996, Comisión 2 punto 9 “La autorización administrativa de la actividad dañadora o su declaración de interés público, no obsta a la calificación como daño injusto, como base de

Tampoco se exige la colindancia o contigüidad de los inmuebles, bastando que la distancia, aunque sea considerable no impida la percepción de la inmisión.

II.2. Respecto a la vinculación del instituto con lo preventivo, me permito transcribir algunas de las consideraciones que hizo en su voto el Dr. Kiper ya en 1995 en un caso de ruidos excesivos (CNCiv., sala H, causa “Pérez, Eduardo V. c. Lavadero Los Vascos”, Cita Online: AR/JUR/2044/1995).

“... Todo lo vinculado con la desaparición de la molestia deberá decidirse en el procedimiento de ejecución de sentencia.

“Precisamente, en la actual evolución del derecho de daños, se está desarrollando la teoría que pone el acento, más que en la reparación del perjuicio causado, en su prevención (ver VÁZQUEZ FERREIRA, R., ‘Daños y perjuicios: función de la prevención de la responsabilidad por daños’, *Zeus*, 52-J-40; también en ‘Responsabilidad por daños’, Buenos Aires, 1993, p. 241; PEYRANO, J. W., ‘El escorzo del mandato preventivo’, JA 1992-I-888; MORELLO, A., ‘La cautela material’).

“Ya señaló hace casi medio siglo Henoch Aguiar —sensible a la iniquidad de ese mero correr detrás del daño que propiciaba la civilística clásica— que ‘mantener una solución semejante en desmedro del orden jurídico constantemente alterado por la subsistencia del hecho capaz, de dañar, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir’ (‘Hechos y actos jurídicos’, Buenos Aires, t. IV, p. 172).

“Es que la prevención, como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados o minorador de efectos nocivos de los en curso de realización, es al día de hoy una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho a la prevención, asegurado por la Constitución Nacional como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños

la acción resarcitoria, ni al quehacer preventivo. La autorización para funcionar nunca puede interpretarse como autorización para dañar”.

es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios ya causados. También el juez tiene una responsabilidad social (conf. STIGLITZ, G., ‘Daños y perjuicios’, Buenos Aires, 1987, ps. 62-63; MORELLO, A. -STIGLITZ, G., ‘Responsabilidad civil y prevención de los daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia’, LA LEY, ‘El proceso atípico’, Buenos Aires, 1993, p. 27; ALTERINI, A., 1987-D, 366; PEYRANO, J. W., ‘Contornos actuales de la responsabilidad civil’, Buenos Aires, 1987, p. 62; SAUX, P. I., ‘La acción de daño temido como mecanismo preventivo del perjuicio no causado’, JA, semanario del 13/07/1994).

“En el mismo sentido, De Cupis señala que la prevención del daño es, desde el punto de vista de la víctima, preferible a su reparación (‘El daño’, Barcelona, 1975, ps. 575 y ss.). Desde el punto de vista sociológico, se trata de formar una mentalidad cultural dinámica que, al superar el *naeminem laedere*, genere un quehacer activo solidario y tutelar. El derecho de daños ha superado el ‘tiempo egoísta’ para ingresar en el ‘tiempo social’ (MOSSET ITURRASPE, J., ‘Responsabilidad por daños’, Buenos Aires, 1973, t. II, vol. B, p. 118).”

II.3. A diferencia del texto primigenio del Código que frente a la inmisión (el ruido la única prevista) que excedía la normal tolerancia solo hacía alusión solo a la indemnización del daño (art. 2619), la reforma estableció que “según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias” El empleo de la conjunción “o” (al igual que en el caso del art. 1113 entre dueño y guardián) dio lugar a dos posiciones en cuanto a si lo era en sentido exclusivo (alternativo) o inclusivo (acumulativo o copulativo). La tesis restringida tuvo el aval de un fallo de la CS (49), sin embargo prevaleció

(49) CS, 10/02/1998, in re “Piaggi c. Embajada de Irán”, CS, Fallos: 321:164: “... de conformidad con las amplias facultades otorgadas a los jueces por el art. 2618 del Cód. Civil se debe optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños ocasionados o la cesación de las molestias. Así, de acuerdo con la naturaleza de la cuestión planteada resulta suficiente la adopción de la segunda medida, ya que la causa de las molestias es subsanable”. En el mismo sentido, salvo planteo de inconstitucionalidad, LÓPEZ MESA, Marcelo, “Las relacio-

en la doctrina (50) y la jurisprudencia (51) que “predica que el juez tiene amplias facultades para disponer el cese (si se adecua tal medida a las circunstancias del caso) y la indemnización (si se acreditan los perjuicios materiales o morales sufridos), como así también eventualmente (en sustitución del cese) la realización de obras o actividades tendientes a suprimir o morigerar las inmisiones, y todo ello sin perjuicio de la existencia de dolo o culpa del emisor, toda vez que la reparación puede disponerse aún, como hemos dicho, en supuestos de actividad lícita (como autorizada administrativamente) cuando comprobadamente es lesiva” (52). El factor de atribución es objetivo (hoy arts. 1722 y 1723, Cód. Civ. y Com.), ajeno a toda idea de

nes de vecindad y la responsabilidad civil. el exceso en la normal tolerancia entre vecinos, su alcance y sus límites”, LA LEY 2011-C, 1093. Si bien BORDA (“Tratado”, t. I, nro. 493) parece inclinarse por la solución alternativa, al no descartar los daños y perjuicios sumados a la cesación de la actividad por aplicación de las normas generales sobre hechos ilícitos, no puede ser enrolado en esta corriente interpretativa.

(50) A título ejemplificativo KIPER, ob. cit., ps. 40-41; MARIANI de VIDAL, Marina — ABELLA, Adriana, “Derechos reales en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavallia, t. I, p. 173; CIPRIANO, Néstor A., “Ruidos molestos. daño. medidas de solución (acotación gramatical al art. 2618 del Código Civil)”, LA LEY 1996-C, 718.

(51) SCBA, 24/11/1987, “Sarti, Lido E. c. Ravagna, Juan C. y otro”, LA LEY 1988-B, 475: “El art. 2618 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), en su apart. 2º confiere al juez amplias facultades ya que puede disponer la cesación de las molestias, la indemnización de los daños o ambas medidas al mismo tiempo, conforme a la magnitud de las molestias, a la posibilidad de hacerlas cesar o al daño que causen, según las circunstancias del caso. Es decir, reparar el daño pretérito e impedir que se siga produciendo”. CNFed. Civ. y Com., sala II, 12/04/1994, “Mele, Mario O. y otro c. Segba”, LA LEY 1994-D, 415 voto de la Dra. Marina Mariani de Vidal: “Aun cuando la letra del art. 2618 del Cód. Civil parece propiciar una solución alternativa entre la indemnización de los daños y la cesación de las molestias, debe concluirse en que si las molestias han producido daños, no solo se deberá suprimir la causa de ellas haciéndolas cesar, sino que, al mismo tiempo, deberá concederse una indemnización de los perjuicios sufridos, entre los que se encuentra el daño moral, de conformidad con los principios comunes”.

(52) SAUX, Edgardo I., “La inmisión como avance o penetración de un inmueble en otro. Las especies: inmisiones materiales e inmateriales. Límites a los derechos de usar y de gozar de la propiedad. Acciones”, RDD Rubinzal-Culzoni 2005-2 Relaciones de vecindad, ps. 173 y ss.

dolo o culpa, encontrándose el fundamento de su imputación ya en el abuso, ya en el exceso o la equidad (53).

Las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2013 Comisión 5) expresaron: “... 7º) Debe interpretarse a la luz del derecho vigente que el juez tiene la facultad de ordenar el cese de la molestia, el resarcimiento de los daños que se hubiesen causado e incluso prevenir que esto ocurra”.

II.4. Consignaba Borda (54) que si el afectado accionaba solo por la indemnización el juez no podría oficiosamente ordenar además el cese, porque ello significaría ir más allá de lo reclamado por la propia parte; en cambio, si pedía el cese y este no se justifica el magistrado podría, si las molestias son excesivas, ordenar resarcir los daños. La primera conclusión, sin embargo, fue atemperada vigente el ordenamiento anterior por el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del mandato preventivo.

El mismo autor (55) también decía sobre las facultades judiciales referidas a la cesación de las molestias que pueden ser ordenadas ya poniendo fin a la actividad molesta, ya disponiendo las medidas necesarias tendientes a su cesación: “La sentencia, incluso, puede fijar cuáles deben ser esas medidas y si luego resultara que ellas han sido insuficientes, el vecino interesado puede pedir una ampliación de aquellas, sin que la contraria tenga derecho a invocar la

(53) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2013 Comisión 5); ANDRADA, Alejandro D., “Ruidos, humos, olores y otras molestias entre vecinos. ¿hasta dónde resultan comportamientos lícitos y cuándo se vuelven ilícitos?”, RDD Rubinzal-Culzoni 2005-2. Relaciones de vecindad, ps. 331 y ss. Las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil (2000) concluyeron: “Las inmisiones indirectas contempladas en el art. 2618 del Cód. Civil cuando exceden la normal tolerancia deben considerarse, en principio abusivas, y ser sancionadas con el cese de la actividad (o en su caso, la adecuación), y el resarcimiento de los daños y perjuicios. “Cuando las inmisiones que exceden la normal tolerancia subsisten por las exigencias de la producción o el interés general, no suponen ejercicio abusivo. Deben ser igualmente indemnizadas por razones de equidad”.

(54) Idem nro. 493. Ver también PUERTA de CHACÓN, ob. cit., p. 78, in fine.

(55) Idem nro. 492.

cosa juzgada proveniente del anterior pronunciamiento, para sostener que las medidas que fueron ordenadas en el primer juicio, no pueden ya ampliarse". Cossari (56) con razón destaca que lo que hoy es imposible técnicamente en cuanto a disminución de las emisiones, luego puede tornarse viable.

Es un proceder corriente diferir su implementación a la ejecución de sentencia, particularmente cuando no existen elementos periciales técnicos que posibiliten establecerlas a su dictado.

II.5. En cuanto a la legitimación activa pueden ser tanto los poseedores como los tenedores que sean vecinos (doctr. arts. 1110, 2416, 2418) La extensión a los tenedores, según interpretación mayoritaria (57), con el Cód. Civ. y Com. cuenta con el respaldo expreso del art. 1932. Ello con las limitaciones propias de la acción que intentara, teniendo en cuenta que además de la personal están habilitadas las posesorias (en el código derogado existían dos clases para la de mantener frente a turbaciones de la relación real) y la real [específicamente la confesoria —arts. 2796 y 2797, CV (58), hoy arts. 2248, 2264, Cód. Civ. y Com.— que exige ser titular de un derecho real] (59).

Legitimado pasivo es quien o quienes provocan las molestias o generan el daño, y si este proviene del riesgo o vicio de la cosa o actividad la responsabilidad se extiende concurrentemente al dueño y al guardián (arts. 1113, Cód. Civil, hoy 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com.). Ello al margen de la responsabilidad de la autoridad de control cuando su acción u omisión intervino causalmente en el resultado lesivo (60).

(56) COSSARI, Nelson G., "Daños por molestias...", ob. cit., p. 221.

(57) LLAMBIAS, Jorge J. — ALTERINI, Jorge H., "Código Civil Anotado", Ed. Abeledo Perrot, t. IV-A, ps. 162-426.

(58) XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Univ. Nac. del Litoral, 1999) "... 5.— Legitimación activa en la acción confesoria. Son legitimados activos: los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión para la defensa de los derechos inherentes a ella (servidumbres y restricciones y límites) y el acreedor hipotecario.

(59) MARIANI de VIDAL - ABELLA, ob. cit., p. 174.

(60) PUERTA de CHACÓN, ob. cit., p. 74.

La norma derogada establecía en su último párrafo que "el juicio tramitará sumariamente". No obstante ello (61), fue abriéndose la utilización de remedios urgentes, a través de las figuras que el derecho procesal fue desarrollando (tutela anticipatoria, medidas autosatisfactivas) cuando la solución a través del procedimiento de conocimiento común pudiere llegar demasiado tarde, e incluso en algunos supuestos con una interpretación flexible del art. 2499 segundo párrafo se recurrió a la denuncia de daño temido (62). Las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2013) recomendaron: "... 9º) Es conveniente en una futura reforma legislativa, siguiendo el sentido del último párrafo del art. 2618 del Cód. Civil, se ordene que el procedimiento sea el más abreviado que contemple la legislación local".

II.6. Siendo los intereses tutelados el derecho de propiedad, al ambiente sano, salud y hasta de intimidad del vecino, esos intereses individuales y privados se entrecruzan con los públicos y colectivos, estando muchas veces conectados y hasta en algunas situaciones en conflicto (v.gr. la producción y el trabajo) los valores jurídicos, principios y reglas a los que se encuentran sometidos (63).

Así, entre las molestias excesivas y el daño ambiental los puntos de contacto (e incluso superposición) son múltiples, habiendo servido la norma en cuestión y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en torno a esta de punto de partida (64) para la construcción de la moder-

(61) Idem nota anterior ps. 80-86.

(62) Ver sin embargo las atinadas reflexiones que formuló PAPAÑO, Ricardo J., "Justa distinción entre el daño temido y las restricciones al dominio", LA LEY 1992-C, 523.

(63) Ver GALDÓS, Jorge M., "Las exigencias de la producción y el uso regular de la propiedad (art. 2618, última parte Cód. Civ.) su vinculación con el "derecho ambiental" Zonas residenciales y zonas industriales" y COSSARI, Nelson G., "El derecho de propiedad de uno y otro vecino, enmarcad en un sistema general de convivencia. El porqué de los conflictos. Los intereses tutelados por las relaciones de vecindad", ambos en RDD 2005-2, Relaciones de vecindad.

(64) El precedente de la C1ª Civ. y Com., La Plata, sala III, 09/02/1995, "Almada, Hugo N. y otro c. Copetro SA", Cita Online: 70060207 es señero al respecto. Ver también

na regulación de los intereses difusos implicados en el derecho ambiental, especialmente en el periodo inicial de su desarrollo para construir su autonomía normativa (arts. 41 y 43, CN, tratados internacionales y leyes especiales v.gr. ley 25.675 General del Ambiente). Ello sin dejar de reconocer las diferencias y matizaciones en su aplicación en cada ámbito, tal como la mayor amplitud del principio precautorio con relación al preventivo, la distinción entre la restauración y reparación con lo resarcitorio, la inaplicabilidad del límite de la normal tolerancia en materia ambiental (65) y la proyección en cuanto a la clase de acciones y legitimados (66).

II.7. El art. 1973 del Cód. Civ. y Com. no introdujo grandes modificaciones a la regulación anterior, más allá del cambio de redacción a partir del segundo párrafo.

fallo de la SCBA, 19/05/1998, voto del Dr. Hitters, LLBA 1998, 943, AR/JUR/2444/1998.

(65) IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Univ. Nac. de Mar del Plata 1983) Comisión 2: Derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico. "... 2º) El límite de la 'normal tolerancia' no es aplicable en los casos de degradación del medio ambiente que sean susceptibles de afectar a la salud. Con relación al ataque de los demás bienes jurídicamente protegidos será de aplicación tal límite. El límite de la normal tolerancia es norma supletoria de antijuridicidad aplicable a todo caso".

(66) GOZAINI, Osvaldo A., "La legitimación procesal en las relaciones nacidas de la vecindad", RDD 2005-2 cit.; CAFFERATTA, Néstor A., "Nuevos instrumentos de tutela ambiental", RD Amb 60, 7, Cita Online: AR/DOC/3025/2019; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel - MUÑOZ, Matías O., "El acceso a la justicia ambiental. estudios comparados en España y la Argentina en el contexto de integración regional. tendencias y perspectivas", RD Amb 58, 165; CS, 11/07/2019, "Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", Cita Online: AR/JUR/22384/2019. XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Juan 2019 Comisión 2): "... 14.— Es imprescindible remarcar la prolongada subsistencia de la mora legislativa denunciada por la Corte Suprema hace más de diez años en materia de procesos colectivos, aun frente a la relevancia de esta estructura excepcional de enjuiciamiento, que, a falta de especial regulación, obliga a revisar los institutos y estructuras procesales tradicionales para adaptarlos a clave colectiva". Ver también las conclusiones de la Comisión 3 de este mismo Congreso sobre "Sistemas de resolución de conflictos masivos".

En efecto, ahora establece que los jueces "pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación", lo que, si bien, como señalan los Alterini (67) "en definitiva es lo mismo, porque si se remueve la causa cesan las molestias y la cesación de la molestia surge cuando se elimina la causa que la genera", entiendo que esa aclaración es para reforzar la idea de la amplitud de facultades judiciales —con relativización del principio de congruencia— para resolver la cuestión (68), arbitrando soluciones con los "criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo" (art. 1713) lo que dependerá de las circunstancias fácticas con relación a las pautas que la norma determina que se ponderen.

Entre esos parámetros, también se especifica ahora "el interés general" que obviamente trasciende las "exigencias de la producción". Las XXIV JNDC (2013) habían recomendado: "... 8º) Es preferible reemplazar la alocución 'exigencias de la producción' por los de 'exigencias del interés general'..." (69). No obstante tener una relación de género y especie, el legislador prefirió conservar también lo de la producción, como una pauta que debe ser especialmente considerada.

Por último, ya no se hace ninguna referencia a la tramitación procesal. Las XXIV JNDC citadas habían propuesto: "... 9º) Es conveniente en una futura reforma legislativa, siguiendo el sentido del último párrafo del art. 2618 del Cód. Civil, se ordene que el procedimiento sea el más abreviado que contemple la legislación local". El legislador nacional consideró, en cambio, guardar

(67) "Tratado...", ob. cit., nro. 577, p. 575.

(68) Un ejemplo en donde se dispuso concurrentemente la cesación momentánea de la actividad, obras de aislación acústica de una cancha de papi fútbol, con confitería, salón bailable y una sala de música y la indemnización del daño es el resuelto por la CNCiv., sala C, 12/09/1996, "Orellano, Horacio A. c. Schrott, Harry y otros", LA LEY 1997-D, 290.

(69) De ineludible cita es el fallo recaído en la causa "Estebarena Martin c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", sentencia de primera instancia del Dr. Augusto Belluscio (LA LEY 145-340), en la que en un caso de ruidos molestos por la señal sonora en un cruce ferroviario se contemporizaron las exigencias del interés general con el particular del afectado obligando a la sustitución de aquella por un sistema que no ocasione molestias.

silencio, ya que ello dependerá de la naturaleza urgente o no de la cuestión y su complejidad, dejando librado ello a la determinación de los ordenamientos locales; y estando comprometida la evitación o agravación del daño se tornan aplicables las vías procesales a que se hizo referencia en materia de acción preventiva.

III. La denominada denuncia de daño temido (art. 2499, segundo párrafo, Cód. Civil derogado)

III.1. La ley 17.711 incorporó un segundo párrafo al art. 2499 dedicado al supuesto de obra nueva como turbación (la que no se realiza en inmueble del afectado) que decía: “Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”. Derogó también los arts. 1133 y 1134 del Cód. velezano, pero dejó subsistente el art. 1132 que además de proscribir la *cautio damni infecti*, (lo que no es incompatible), en su parte final disponía “[t]ampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio”, lo que dio lugar a problemas interpretativos. Prácticamente en forma unánime se entendió que esa parte estaba derogada o que prevalecía en su aplicación el art. 2499 *in fine* (70).

Como antecedente de esta encontramos que en las VII Partidas de Alfonso X se habilitaba a que el amenazado por la ruina de un edificio podía exigir la reparación o la demolición, y en la legislación patria el interdicto de obra vieja de la ley 50 de procedimiento civil ante la justicia federal. Sin embargo, la fuente inmediata del precepto fue el art. 1172 del Cód. Civil italiano de 1942, que metodológicamente ubican la denuncia de obra nueva y de daño temido en un título diferente al de la posesión y su defensa.

De esa fuente y del propio texto resulta claro que no limita la tutela a la hipótesis de obra rui-

nosa, sino que resulta aplicable al daño temido proveniente de cualquier cosa, aunque el caso de construcciones en mal estado de conservación sea el supuesto más normal. El peligro puede tener su origen no solo en causas ligadas a la actividad del hombre (falta de mantenimiento, vicios constructivos, etc.), sino por obra de la naturaleza, lo que tendrá relevancia en cuanto a la responsabilidad de producirse daños.

En cuanto a la naturaleza de la acción dado los rasgos básicamente cautelares de la acción y la amplitud prevista para la legitimación activa “quien tema... un daño a sus bienes”, que habilitaba a intentarla no solo a los poseedores sino también a los titulares de acciones policiales, tenedores desinteresados, servidores de la posesión y cualquier otro que alegue un interés legítimo en temer un daño a sus bienes (71), resulta que la denuncia de daño temido desbordaba el ámbito posesorio. En este sentido, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011 Tucumán Comisión 5) expresaron: “...9.— Art. 2499 2º párr. Cód. Civil. Se ratifica la declaración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) en el sentido que ‘La acción del 2º párr. del art. 2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión’. Este remedio constituye una acción con finalidad preventiva del daño...”

Legitimado pasivo será todo aquel que está obligado a la conservación y que en caso de producirse el daño lo están a su reparación, determinación que surgía de los arts. 1113 y 1135, Cód. Civil (72).

La finalidad de la “denuncia” es que el juez adopte según su prudente criterio las medidas que resulten necesarias para conjurar el peligro, que pueden ir desde el apuntalamiento, remoción, reparación hasta la demolición.

(71) KIPER, Claudio, en ZANNONI - KEMELMAJER de CARLUCCI, Código Civil..., ob. cit., t. 10, p. 599. Ya el art. 344 de la ley 50 al establecer la legitimación activa en el interdicto de obra vieja señalaba que además de los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata que puede resentirse o padecer por la ruina, podían intentarlo “Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio o construcción que amenace ruina”.

(72) MARIANI de VIDAL, Marina, “Derechos Reales”, Ed. Zavallía, 7ª ed., t. 1, p. 253.

(70) LLAMBÍAS - ALTERINI, ob. cit., ps. 266-269. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011 Tucumán Comisión 5 “... 10.— Contradicción entre los arts. 1132 y 2499, 2º párr. del Cód. Civil. Frente a la contradicción existente entre el art. 1132 y el 2499, 2º párr. del Cód. Civil prevalece este último”.

Esta acción también fue considerada una de las vías adecuadas para evitar o prevenir el daño ambiental (73).

III.2. Procesalmente a partir de la reforma de la ley 22.434 al Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación se incorporó la regulación de la acción en su art. 623 bis y de una figura específica que deriva de la anterior que es la oposición a la ejecución de reparaciones urgentes —art. 623 ter— Ello fue seguido por muchas de las Provincias, con redacción idéntica o similar en sus ordenamientos locales (así, con la misma numeración en la Pcia. de Río Negro, arts. 617 bis y ter en la Pcia. de Bs. As., arts. 619 bis y ter en la de Formosa, art. 623 en la de Corrientes; arts. 591 y 592 del de La Pampa, arts. 622 y 623 del de Catamarca, arts. 602 y 603 del de San Juan, 630 y 631 del de Chubut, arts. 594 y 595 del de Misiones; arts. 561 y 562 del de Tierra del Fuego) aunque otras no la regularon específicamente (v.gr. Tucumán, Jujuy, San Luis, Santiago del Estero).

En líneas generales es considerada acertada su reglamentación (74) que por medio de un procedimiento abreviado (sumaria información, con breve y limitada fase probatoria), asegurando la bilateralización del planteo, aunque según la alta urgencia del caso hayan debido tomarse previamente medidas protectorias, sin posibilidad de apelación y contemplando la imposición de sanciones conminatorias para asegurar la efectividad de lo resuelto. No obstante, merece reparo que la intervención anterior de la autoridad administrativa impida su promoción y mucho más que si ella fuese simultánea o posterior se clausure el procedimiento y se archiven las actuaciones. Ya antes de dictado Dio-

(73) II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992 Comisión 2) “... Son procedentes la acción preventiva prevista en el art. 2499 del Cód. Civil, las medidas cautelares —aun de oficio— y el amparo...” XV JNDC (Mar del Plata 1995 Comisión 2 Responsabilidad por actividad industrial) “Prevención. Es procedente la tutela inhibitoria cuando hay amenaza de daño a bienes individuales o colectivos, siendo aplicables el amparo, la denuncia de daño temido y las diferentes medidas cautelares disponibles.

(74) PAPAÑO — KIPER — DILLON — CAUSSE, “Derechos Reales”, Ed. Depalma, t. I, p. 153.

rio (75) había alertado sobre la cuestión. Sobre esto las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2011 Tucumán Comisión 5) expresaron: “9... Las normas procesales que desplazan la intervención jurisdiccional ante la actuación de la autoridad administrativa son inconstitucionales” (arts. 43 y 75, inc. 12, CN).

III.3. Hoy el Cód. Civ. y Com. no contempla la figura dentro de las acciones de defensa de las relaciones de poder, sino que sujeta la tutela frente al daño temido bajo el formato de la acción preventiva mencionada en el punto A, sin perjuicio de que si la amenaza es susceptible en encuadrar como turbación de la posesión o la tenencia y es de inminente producción puede dar lugar a la acción de mantener (art. 2242, 2º párr.) (76).

Ahora bien, pese al tiempo transcurrido desde su promulgación por dec. 1795/2014 y entrada en vigencia dispuesta por ley 27.077 el 1 de agosto de 2015, escasas han sido las provincias que reformaron sus ordenamientos procesales para adecuarlos al nuevo ordenamiento sustantivo [Chaco, ley 2559, 19/12/2016; Santa Cruz, ley 3453, BO 24/11/2015; Mendoza, ley 9001, BO 12/09/2017, aun cuando existen proyectos con distinto grado de avance en algunas otras jurisdicciones —Tucumán (77), Santa Fe (78), Buenos Aires (79) y Nación (80)], al margen de que la gran mayoría de ellas tampoco se *aggiornaron* con los nuevos institutos procesales. Ello

(75) DIORIO, Atilio O., “Daño temido. Su inclusión en el Proyecto de Reformas al Enjuiciamiento Civil de la Nación. Apostillas a su constitucionalidad”, ED 90, 1981, p. 905.

(76) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 438, ALTERINI, J. H. - ALTERINI, I. E., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, Ed. La Ley, 2ª ed., t. X, p. 772.

(77) Presentado por la Comisión Interpoderes creada por Res. de la Legislatura 69/2015 y 34/2016 en septiembre de 2019.

(78) Mensaje 4704 PE del 11/07/2018.

(79) El presentado por la Comisión creada por res. 2017-399-E-GDEBA-MJGP ingresado al Senado el 14/03/2019 con mensaje del PE 3801.

(80) Publicado en: ADLA 2019-8, 107.

claro está sin perjuicio de que la acción preventiva sustantiva sea automáticamente operativa.

El Anteproyecto de Nación permite darle cabida en las previsiones del Proceso Urgente que incorpora en su art. 438 (81).

En cambio, el de la Pcia de Bs. As. conserva la Denuncia de daño temido y medidas de seguridad: “Art. 233. Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño grave e inminente a sus bienes, puede solicitar al tribunal las medidas de seguridad adecuadas. Recibida la denuncia el tribunal se constituirá en el lugar y si comprobara la existencia de grave riesgo, urgencia en removerlo y temor de daño serio e inminente, podrá disponer las medidas más idóneas y de menor restricción posible para hacer cesar el peligro. SI la urgencia no fuere manifiesta requerirá la sumaria Información que permitiere verificar, con citación de las partes y designación de perito, la procedencia del pedido. Su resolución tendrá en cuenta los alcances de una intervención previa, simultánea o ulterior de la autoridad administrativa. Las resoluciones que se dicten serán inapelables. En su caso podrán imponerse sanciones conminatorias. Art. 234, Normas supletorias. Se aplicarán supletoriamente las normas para el proceso sumarísimo, en todo lo que no esté previsto en este capítulo”.

El Proyecto santafesino al igual que el Código nuevo de Mendoza permite darle cabida en la acción preventiva, como la regulan.

Mantienen, en cambio, la denuncia de daño temido tal como básicamente está actualmente regulada en los CPN y CPBA, los Códigos Procesales de Chaco (art. 729) y Santa Cruz (art. 611). Incluso lo hacen desoyendo lo que dijeron las XIII JNDC sobre el punto, al seguir prescribiendo

(81) Art. 438.— Regla general. Sin que configure pre-juzgamiento, el juez puede, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional otorgar la protección de una pretensión cuando concurren los siguientes extremos. a) Urgencia en la obtención de la medida de tutela en tal grado que de no ser adoptada de inmediato causare al peticionante la frustración del derecho y un daño irreparable; b) Ofrecimiento de prueba que brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos, siempre que no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria; c) Otorgamiento de contracautela si esta tutela de urgencia importare un desplazamiento de derechos patrimoniales.

do el desplazamiento por la intervención de la autoridad administrativa.

Los ordenamientos provinciales que conservan la regulación procesal anterior en el ámbito posesorio deberán interpretarla en función de lo regulado por los arts. 1711 y ss., Cód. Civ. y Com.

IV. Casuística en la materia con posterioridad al Cód. Civ. y Com.

Escasos han sido los pronunciamientos judiciales publicados que con posterioridad al nuevo Código han hecho aplicación de la acción preventiva con relación al anterior supuesto de denuncia de daño temido y a las inmisiones inmatrimoniales. Daré breve cuenta de los que encontré en estas materias.

IV.1. STJ Chaco, sala primera Civil, Comercial y Laboral, “Badankin de Lukasazuk, María c. Serfaty, Graciela B. y/o Serfaty, Rafael S. y Oviedo, Juan y propietario del comercio s/ daños y perjuicios”, expte. 8741/06-1-C 23/03/2016 nro. 90

La sala Cuarta de la Cámara de Apel. en lo Civil y Comercial de Resistencia revocó la sentencia de primera instancia que consideraba no acreditadas que las molestias denunciadas excedieran la normal tolerancia, y ordenó hacer cesar el uso brusco del portón e implementar un adecuado cerramiento de este; del local comercial “Lito Automotores”. En el recurso se dijo que solo se accionó por daños y perjuicios.

El tribunal analiza si existió afectación del principio de congruencia y dice que no se apartó de este (agrega consideraciones sobre su flexibilización, en tanto solución justa dentro de un proceso justo en función de lo previsto por el art. 2618, Cód. Civil (hoy 1973, Cód. Civ. y Com.): “... para algunos el prefijo ‘o’ de la norma derogada limitaba su decisión a ‘hacer cesar las molestias’ o ‘disponer una indemnización’; mientras que para otros —tendencia mayoritaria— entendían que ambas conductas eran posibles”. Lo cierto es que la noble legislación cerró toda posible discusión al establecer que “según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños” y

en el punto 12: “Sin perjuicio de ello y más allá del texto citado, no debe perderse de vista que la posibilidad de ordenar medidas tendientes a la cesación de las inmisiones deriva también de la aplicación de la función preventiva que el moderno derecho de daños ha venido pregonando hace ya un tiempo. En síntesis, lo que había sido ya visualizado por la doctrina y la jurisprudencia es hoy reconocido por el nuevo art. 1973 del Cód. Civ. y Com. de consuno con la función preventiva de la responsabilidad civil también consagrada expresamente por el mismo plexo normativo” y cita comentario del Tomo V art. 1973 p. 103 del Código de HERRERA-CARAMELO-PICASSO aludiendo a los arts. 1710 y 1711: “De esta manera la sentencia —a pedido de parte o de oficio— establecerá, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda”. Confirma lo resuelto.

IV.2. 1º Tribunal de Gestión Asociada en lo Civil, Comercial y Minas, Mendoza, 13/09/2016, “Linares, Daniel Horacio c. Giménez Blas, Marcela s/ daño temido”, causa 258138

El fallo respecto a la ley aplicable expresa: “para los daños derivados de las inmisiones generadas en las relaciones de vecindad, se ha aplicado el nuevo texto, si se trata de un daño que comenzó con anterioridad y terminó después de haber entrado en vigencia las nuevas normas, o sea, se trata de un caso en el que el presupuesto de hecho constitutivo de la relación no es instantáneo sino que se prolonga en el tiempo de manera que habiendo comenzado a producirse durante la vigencia de la ley antigua, termina de suceder bajo la nueva ley” (CN-Civ., sala B, 16/04/1970, ED 34-8). Sin perjuicio “que, como veremos a continuación, haciéndose aplicación de la normativa y jurisprudencia vigente durante el Código de Vélez, o la relativa al nuevo Cód. Civ. y Com., se llegaría a la misma solución”.

Hace referencia al art. 2499 segundo párrafo del CV y a lo dispuesto por los arts. 1711 y 1713, Cód. Civ. y Com. y a los fundamentos de la Comisión redactora: la omisión del deber de prevención (regulado expresamente en el 1710 del Cód. Civ. y Com.) da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo el de-

ber de prevención; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia esta acción de la obligación de resarcir. Se reconoce legitimación sustancial para peticiar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). Completa el análisis con lo dispuesto por el art. 219 bis del CPC de Mendoza (el anterior).

Recuerda luego: “la Suprema Corte de Justicia local ha sostenido que se trata de una acción con rasgos eminentemente cautelares por los cuales excede el marco de las acciones posesorias. De esta forma se ha transitado de un sistema de reparación del daño injustamente causado a otro, que pone el eje en la víctima y se ocupa del daño injustamente sufrido, dando lugar también, a un sistema que denominado ‘derecho a la prevención’ en el que la preocupación se centra en evitar el daño (véase, SCJM, Autos 93.113/94.131/94.283, caratulados: ‘Gobierno de la Provincia de Mendoza en Jº 116.805 Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza SA c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos y ots. p/ daño temido s/ inc.’ 26/08/2009).

“En el fallo mencionado, señaló también la Corte que ‘[c]on respecto al trámite a seguir, la ley de rito distingue entre los casos de gravedad e inminencia del daño, y el de la urgencia no manifiesta. En el primer supuesto, impone al juez la obligación de constituirse en el lugar y lo faculta para decidir inaudita parte y tomar las medidas tendientes a hacer cesar el peligro si el daño fuera inminente. En cambio, si la inminencia no fuere manifiesta, dispone imperativamente que requerirá la información sumaria, con citación de las partes y designación del perito’.

“Concretamente respecto a lo debatido expresa: ‘... se trata de dos departamentos sometidos a propiedad horizontal, que se encuentran uno encima del otro y que ambas propiedades tienen la misma distribución espacial. Surge también de autos que el techo de losa de la cocina del actor está roto, a raíz de la humedad proveniente del departamento de arriba y que aún queda un remanente de humedad. Sin embar-

go, da cuenta el perito que la instalación sanitaria que produjo las filtraciones ha sido arreglada y que, a la fecha del informe, el piso está completamente seco, restando únicamente amurar y sellar la pileta de piso del sector, puesto que por ese lugar puede existir filtraciones cuando se lava con agua el piso de la cocina.

“Destaca también el especialista que ‘para arreglar el cielorraso del departamento afectado, se debe esperar un tiempo prudencial para que este todo seco y se esté seguro de que no filtre ningún otro caño del departamento de arriba’.

“Con base en ello, juzgo que, en gran medida, la acción interpuesta ha devenido en abstracta, al haberse ya arreglado la instalación sanitaria en el departamento del demandado. Solo podría considerar como peligro de daño inminente la falta de sellado de la pileta de lavado, lo que impone en este estadio disponer medidas encaminadas a hacer cesar ese peligro, de conformidad con lo dispuesto por las normas procesales y de fondo enunciadas.

“Conforme lo expuesto en los considerandos anteriores, corresponde ordenar al demandado, en su carácter de ocupante del inmueble ubicado en calle 25 de mayo 927, Planta Alta, depto. 7 de la Ciudad de Mendoza a que en el plazo de diez [10] días proceda a amurar y sellar la pileta de piso de la cocina, a fin de evitar cualquier filtración que pueda producirse al lavar y ocasione daño al departamento inferior, bajo apercibimiento de disponer su realización por la parte actora”.

IV.3. CCiv. y Com. sala I, La Matanza, Buenos Aires, 29/06/2018, “*Chiaromonte Calzadilla, Isabel Rina c. Consorcio de propietarios Av. Pedro de Mendoza 1407, Villa Madero s/ daños y perjuicios*”

Del voto del Dr. José Nicolás Taraborelli.

“VII. Resolución del tercer agravio. Mandato preventivo.

“Prevención del daño.

“Con referencia a la función preventiva de la responsabilidad civil prevé el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. en cuanto al deber de prevención

del daño, que toda persona tiene el deber, en cuanto a 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 este 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.

“Este precepto legal, tiene su base constitucional en el art. 19 de la Ley Fundamental, sobre la base del aforismo romanista: *alterum non laedere*, que significa: ‘no dañar al prójimo’ y que a su vez tiene raíz cristiana. No dañar, es una obligación de resultado (un no dañar).

“Es decir, que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711 del Cód. Civ. y Com.). La actora está debidamente legitimada *ad causam* para reclamar, quien lo acredita con un interés razonable en la prevención y agravación del daño, a efectos de evitar su continuación y obtener el cese de estos (art. 1712 del Cód. Civ. y Com.).

“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, obligaciones de hacer, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713 del Cód. Civ. y Com.).

“La prestigiosa Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, del Depto. Judicial de Azul, se ha expedido sobre el tema que nos ocupa en este voto de la siguiente manera: ‘Las normas de los art. 1708, 1710 a 1713, recogiendo el derecho jurisprudencial anterior. Admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivas (sentencia definitiva), principal es decir, autónoma, como las medidas autosatísfacias o accesorio (como la tutela preventiva) a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o pro-

movido solo a esos efectos (como las medidas autosatisfactorias) otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer' (voto del Dr. Galdós en los autos 'Espil María Inés y Otro c. Apilar SA y otros s/ daños y perjuicios', Causa 60.647, 17/11/2016).

"Se trata de una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva en la que el Juez, ante la comprobación del daño a su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o impedir el daño futuro o su agravamiento o extensión, dirigida a alguna de las partes o a terceros, particularmente al poder administrador. La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso en el Código Civil y Comercial y se confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o extensión del daño en curso (art. 1708, 1710 a 1713): (CCiv. y Com. Azul, sala II, voto del Dr. Galdós *in re*, 'Espil María Inés y otro c. Apilar SA y otros s/ daños y perjuicios', Causa 60.647, 17/11/2016).

"De la pericia de Ingeniería Civil que corre agregada a fs. 621/671, fs. 698/699 se ha probado que el: 'Departamento 5D, planta baja' se encuentra en general en deficiente estado de conservación y mantenimiento (fotografías 20 a 40). Si bien es cierto que se han reparado alguno de los daños por la actora en su escrito de demanda, otros perduran y han aparecido algunos otros como consecuencia de estos u otros nuevos factores. Se han reparado las pérdidas en las cañerías cloacales que provocaron hundimiento en la cocina, también se cambió el solado de la cerámica. Se han efectuado además nuevos encadenados en paredes interiores, con excepción de la pared divisoria de los dos dormitorios del fondo, en la que se puede apreciar una rajadura horizontal en la parte baja y humedad ascendente (fotografías 35 a 39). Si bien es cierto que se construyeron nuevos encadenados, ya que las paredes no tienen rajaduras en algunos casos fallo la nueva capa aisladora horizontal, porque se puede ver humedad ascendente por capilaridad en algunos tramos de pared nueva (fotografías 29 y 30). En la cocina hay humedad en una pared, a la izquierda de una mesada, proveniente de caños de bajada dentro del muro (fotografía 24). A la derecha de la mesada hay una fisura horizontal en la parte baja, de poca

longitud (unos 50 cm). En el lavadero, hay una fisura en la parte superior del marco en la puerta a 45, que denota concentración de tensiones (fotografía 26). En el living comedor se han reparado los encadenados afectados, pero hay piezas cerámicas del piso que han sido mal colocadas y están desprendidas o hinchadas. En el primer dormitorio hay humedad ascendente en la parte baja de los muros en algunos sectores y fisuras en la unión de pared y cielos rasos (fotografías 29 y 30). En el baño, el cielo raso colapso, debido a importantes filtraciones de agua provenientes de los pisos superiores (fotografías 31 a 33), estos trozos de material, al caer rompieron piezas de artefactos. También se hincharon los revestimientos de azulejos de varios sectores de las paredes. En la pared divisoria en los dormitorios de atrás se aprecia una rajadura horizontal en la parte baja y humedad ascendente, que presume un descenso diferencial del encadenado o viga de fundación (fotografías 35 a 39). Hay también humedad ascendente. En el dormitorio chico de la parte de atrás, hay humedad proveniente del baño en un sector donde hay un hueco para confeccionar un placar (fotografía 40). Con respecto a la parte externa se han realizado los arreglos necesarios (fotografías 3 a 8). Asimismo, en cuanto al estado del departamento cuatro 'C' se halla en la actualidad en correcto estado de conservación y mantenimiento. Solo se encontró un detalle de humedad visible en un sector de cielo raso del baño, producto de condensación y de filtraciones provenientes de una bajada ubicada en la pared divisoria de ambas unidades (secuencia fotográfica 19).

"Finalmente, el experto dictamina que el departamento 5º C denota un estado de conservación muy deficiente, notándose importantes daños, producto de filtraciones, humedades ascendentes, rajaduras, y pérdidas importantes en el baño provenientes de pisos superiores. El detalle de dichos daños se puede apreciar en el Anexo I, en particular las fotografías 20 a 40.

"Como puede apreciarse judicialmente de este dictamen pericial técnico transcripto precedentemente, nos encontramos frente a daños producidos, su continuación y agravamiento, a través del tiempo producidos en la cosa objeto de esta contienda judicial. Precisamente, aquí y con respecto a este punto de la continuación y agravamiento de dichos daños, autoriza y ame-

rita la aplicación de la función preventiva de la responsabilidad civil, ya sea a pedido de parte, o de oficio.

“Hasta aquí, el fundamento legal expuesto sobre la base de las normas legales aplicables al presente caso bajo examen en función de los arts. 1º, 2º, 3º y 7º del nuevo Cód. Civ. y Com. unificado.

“Estas normas del derecho sustancial (de carácter operativo) serán encausadas por el juez de la instancia de origen, mediante el trámite de ejecución de sentencia, con la finalidad —si correspondiere— de hacer cesar el daño y requerir previamente practicar una pericia técnica, con citación de las partes, fijándose día y hora del peritaje (arg. arts. 509, 511 y sus ccds. arts. 34 y 36 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

“En su consecuencia, en la etapa de ejecución de sentencia, el juez de primera instancia deberá dar cumplimiento, para este mandato legal, de la prevención del daño, instrumentando debidamente la aplicación de las normas de fondo, ut supra indicadas, debiéndose en tal sentido jurídico ordenar al perito desinsaculado en autos que se constituya en el lugar de los hechos, es decir, en los dos inmuebles de autos, departamento ‘4 C’ y departamento ‘5 D’ ambos de planta baja, quien deberá verificar técnicamente la continuación y agravamiento de los daños en dichas unidades habitacionales, y que provienen y tienen su origen o causa-fuente exclusivamente en las partes comunes del edificio de propiedad horizontal, y que estarían a cargo del Consorcio, si se verifican y certifican, debiendo en tal caso practicar un presupuesto de gastos generales, en el cual quedaran comprendidos los materiales a utilizar y la mano de obra que demande, debiendo además, informar al juzgado el origen, el agravamiento de los daños y un detalle descriptivo de estos y su magnitud (arts. 2040, 2041, 2044, 2048, 2067, incs. a, b, c, d, k, y m, ss. y ccds. del Cód. Civ. y Com.).

“En suma, una vez verificados —si persisten— la continuación y agravamiento de los daños producidos en las unidades habitacionales antes referenciadas, y encontrándose firme la pericia técnica a practicarse, previo traslado a las partes, a sus efectos, deberá el Señor Juez colega de la instancia de origen dictar sentencia dispo-

niendo, lo que por derecho corresponda aplicar a la cuestión tratada (arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com. y arts. 509, 511 y sus concordantes arts. 34 y 36 del Cód. Proc. Civ. y Com.); debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia para la obtención de la finalidad (art. 1713 del Cód. Civ. y Com.).

“Asimismo, el administrador deberá: 1) atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales; 2) notificar a todos los propietarios inmediatamente, y en ningún caso después de las 48 hs hábiles de recibir la comunicación respectiva, la existencia de reclamos judiciales que afectan al consorcio, haciéndoles saber este pronunciamiento judicial dictado por la Alzada y el resultado del trámite de ejecución de sentencia (art 2067 del Cód. Civ. y Com.), a sus efectos”.

IV.4. JCiv., Com. y Familia de 3ª Nominación de San Francisco, 05/07/2019, “Grande, Sergio Alberto y otro c. Municipalidad de la ciudad de San Francisco - ordinario - acción preventiva de daños”, expte. 3576221, sent. 48

Se hizo lugar a la demanda preventiva de daños articulada por los Sres. Grande y Rossi en contra de la Municipalidad de San Francisco, ordenando “a la demandada en forma definitiva que en plazo de noventa días cumplimente las siguientes obligaciones de hacer: 1) ejecutar las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores a la altura donde se encuentra el inmueble de los actores (en la intersección de calles Los Paraísos y Primeros Colonizadores), con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no continúe la erosión, y restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el anteproyecto ejecutivo de la obra a realizarse que obra a fs. 34/40; y 2) adoptar las medidas adecuadas para prevenir que caigan personas en el canal a cielo abierto, ya sea tapando el canal o poniendo barreras o barandas de contención debidamente señalizadas, sobre

todo el largo del canal, hasta el límite de la zona urbana”.

Se llega a esa decisión luego de analizar el régimen de responsabilidad del Estado, con cita de PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, 2ª ed., t. 1, p. 168 y ROSATTI, Horacio, “El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016, p. 361, y dice que si bien existen normas generales que dan basamento constitucional a la función preventiva de la responsabilidad civil, no existe en el derecho público que rige la responsabilidad del Estado una regulación orgánica y sistemática de la función preventiva en dicho ámbito. En otras palabras, el derecho público no ha regulado orgánica y sistemáticamente la función preventiva a cargo del Estado, en sus distintos niveles (nacional, provincial, municipal).

Ante tal situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 116 de la CN, los arts. 19, inc. 9º y 155 de la Const. provincial, y el art. 3º del Cód. Civ. y Com., a los fines de resolver el caso concreto de autos, debe acudirse a otras normas de derecho público relativas a la función preventiva de daños, e incluso al Código Civil y Comercial aplicando sus normas pertinentes por analogía en cuanto puedan articularse al régimen propio de la responsabilidad del Estado, y concretamente en la faz preventiva.

“En este sentido se ha dicho que ‘en la medida en que el deber de prevención traduce un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados—, se debe concluir que el referido deber resulta también exigible frente al Estado’ (TAWIL, Guido, ‘Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño’, LA LEY 2015-F-482. En el mismo sentido: LEIVA, Claudio F., ‘Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial’, LA LEY 2016-D-1054); y que ‘la naturaleza preventiva y protectora de derechos que se encuentra ínsita en la acción de amparo prevista por el art. 43 de la CN, que procede tanto contra acciones como contra omi-

siones estatales y en los casos de inminencia y amenaza, ya es por sí sola suficiente para afirmar que la jurisdicción puede actuar para evitar daños cuando se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado’ [GÜEMES, María Belén, ‘Tutela judicial preventiva y responsabilidad del Estado por omisión’, en PEYRANO, Jorge (dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 260-261], por ello y con base en lo resuelto por TSJ, sala Contencioso Administrativo, A.I. nro. 205 del 27/12/2017, en autos ‘Muñoz, Pablo Sebastián c. Municipalidad de Río Cuarto - demanda contencioso-administrativa - recurso de casación’; y TSJ, sala Civil, Sent. 87 del 02/07/2019, *in re* ‘Flores, María Alejandra y otro c. Provincia de Córdoba y otro - ordinario - daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual - casación (expte. 5506657)’, señala que ‘para resolver el conflicto suscitado que motivó este expediente, y al analizar cada una de las cuestiones puntuales que hacen al problema planteado, se aplicarán los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com. por analogía, articulando y adaptando sus disposiciones al régimen propio de la responsabilidad del Estado —en este caso Municipal—, y fundamentalmente teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso”.

Destaca que, si el canal produjera el derrumbe del inmueble, sufrirían una lesión a su derecho de propiedad, configurándose en ese caso un daño en los términos del art. 1737 del Cód. Civ. y Com.

El supuesto puntual de omisión del Estado de ejecutar obras públicas indispensables, con el margen de subjetividad que encierra dicho concepto, ha dado lugar a algunos pronunciamientos relevantes, si bien en el ámbito de la función resarcitoria. Así, se ha condenado a la provincia de Mendoza a resarcir los daños sufridos por una persona en su propiedad, “al desbordarse un canal aluvional a causa de una tormenta, pues la prueba producida en el expediente demuestra de un modo suficiente que la causa de los daños sufridos por el actor no ha sido otra que la omisión antijurídica de los entes estatales legalmente creados, respecto al escaso o nulo mantenimiento del canal durante varios años, lo que impidió el normal escurrimiento de aguas que lógicamente pueden ser conducidas por esos cauces” (C3ªCiv., Com., Minas, de Paz y

Trib. de Mendoza, 02/09/2009, RCS 2010-I-147). En idéntico sentido, otro tribunal condenó a la provincia de Buenos Aires “por los daños ocasionados al propietario de un predio rural en virtud de la prolongada inundación del mismo, pues si bien mediaron concausas naturales, tales como la caída de copiosas lluvias y la escasa pendiente del terreno, frente a esas circunstancias previsibles y conocidas, el Estado Provincial omitió ejecutar obras de desagüe programadas, y las obras de canalización realizadas en el curso superior de la cuenca agravaron aún más el estancamiento de las aguas en el predio del actor, es decir que la falta de previsión en el manejo hídrico y el proceder estatal apartado del plan trazado contribuyeron a la causación del daño” (CCiv. y Com. Dolores, 18/08/2009, “Estancia Las Encadenadas SA c. Provincia de Buenos Aires”, La Ley online). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclina decididamente en este sentido (ver, por ejemplo, CS, 24/02/2004, “Serenar SA c. Provincia de Buenos Aires”, LA LEY 2004-D-319).

IV.5. CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 31/10/2019, “Zabaloy, Ana María c. Marchi, Luis Miguel y ot. s/ daños y perjuicios”, SI-117624

Hechos: fumigación con agroquímicos cerca de una escuela rural.

El juez de 1ª Instancia departamental N.º 4 había rechazado demanda de daños y perjuicios, sin embargo “en los términos de lo normado por el art. 1711, Cód. Civ. y Com. y ccds., dispone la prohibición de la aplicación de cualquier tipo de agroquímico en un radio de 1000 metros de la escuela rural 11 ubicada en el cuartel IV, Paraje La Rosada, del Partido de San Antonio de Arco para los días en que haya clases, debiendo realizarse dichas tareas los días sábado, domingo o feriados educativos. A su vez, fija una multa equivalente a 500 jus ley 14.967 para el caso de incumplimiento”.

En la apelación se señala que ya habían pasado 5 años desde los hechos y que la utilización de agroquímicos se encuentra regulada por la ley provincial 10.699 y la res. MAGP-18 en vigencia desde el 01/01/2019 y la ordenanza municipal 3919/2014.

El Dr. Ibarlucía, luego de hacer referencia al mandato preventivo del art. 1713, Cód. Civ. y Com., señala: “... con anterioridad a la vigencia del Cód. Civ. y Com., el mandato preventivo ya había sido admitido por la doctrina y la jurisprudencia. La mayoría de la doctrina aceptaba sobre la base del Cód. Civil, la función preventiva y otros autores sostenían que esa finalidad podía obtenerse por medio de las vías procesales (ver GALDÓS, Jorge M., ‘Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales’, LA LEY del 12/10/2017, 1; LA LEY 2017-E, 1142). ‘... En el mismo orden de ideas, se explica que en el texto originario del Cód. Civil no se había contemplado ningún aspecto preventivo, pero con la reforma efectuada por la ley 17.711, se incorporó como institución tendiente a la prevención, a la denuncia de daño temido del derogado art. 2499. Si bien se trataba de un instituto que estaba emplazado en la normativa correspondiente a los derechos reales, su aplicación fue extendida con el paso del tiempo a otros ámbitos. Asimismo, comenzó a tomar auge la doctrina de la tutela civil inhibitoria, entendiéndose por tal a la orden o mandato dictado por la autoridad judicial que se afincó en el Derecho de Daños con el paso del tiempo y que puede ser sustancial (basada en el derecho de fondo) o procesal (impuesta por la ley adjetiva), y puede ser llevada a cabo de oficio o a pedido de parte. (CALVO COSTA, Carlos A., ‘Acción preventiva’, LA LEY del 19/02/2018, 1). Ambos autores destacan que el *alterum non laedere* (no dañar a otro) es la piedra basal de la admisión de la función preventiva de la responsabilidad civil, y halla su fundamento en los arts. 19, 42 y 43 de la CN’... ‘Hoy, en la alternativa de evitar el daño o de resarcirlo una vez producido, se elige evitarlo (ALTERINI, Atilio A., ‘Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil, LA LEY del 30/07/2012, 1; LA LEY 2012-D, 1154). Recuerda también ‘el conocido precedente ‘Carrizo’ fallado por la SCBA (causa Ac. 82.656, ‘Carrizo Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo Javier y otra s/ daños y perjuicios’, 30/03/2005)”.

Destaca que no es necesaria la antijuridicidad formal, sino material, y por tanto “la prevención del daño puede aplicarse a una actividad riesgosa —aun lícita— cuando el interés amenazado prevalezca sobre el interés amenazante; es decir, la introducción del ries-

go en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego, ya que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique su introducción, el riesgo puede ser impedido, y por ende, la prevención del daño operaría sin problema alguno”.

Por último, analiza la Ordenanza 4226/17 municipal (San Antonio de Areco) y antes de proponer confirmar la sentencia dice: “De lo anterior surge que la medida dispuesta por el sentenciante está en consonancia con las restricciones que se imponen por las ordenanzas municipales, por lo que está cumplido el requisito de antijuridicidad previsto por el art. 1711, Cód. Civ. y Com. A su vez, es de destacar que la medida cumple con el criterio de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en obtención de la finalidad (art. 1714, Cód. Civ. y Com.). Por último, no puede dejar de mencionarse que se está protegiendo no solamente al personal docente sino a los niños, sujetos vulnerables, que por mandato constitucional deben ser especialmente protegidos (art. 75, inc. 22, CN; CIDN; ley 26.061, ley provincial 13.928)”.

IV.6. JCiv. y Com. 27ª Nom., Córdoba, 08/11/2019, “Schuty, Mario C. Cayo Makenssy SA s/ abreviado - daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual - trámite oral”, AR/JUR/52030/2019

Hechos: Volumen de música en discoteca Cayo Makenssy demanda preventiva de daños promovida por el Consorcio Independencia 1067 pidiendo obras necesarias o en su defecto clausura.

El juez expresa: “Ante todo, entiendo que corresponde encauzar la cuestión en el marco de la norma del art. 1973 del Cód. Civil y Comercial, que refiere al exceso en la normal tolerancia entre vecinos. Esta norma nos otorgará pautas que facilitarán la resolución del conflicto. Es cierto que la parte actora ha invocado una acción preventiva de daños, contemplada en los arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com., pero ello no me impide, en función del principio *iura novit curia*, efectuar el análisis de la norma que mejor se adecua al caso. No

obstante, conforme se verá, las normas referidas a la acción preventiva de daños también serán ponderadas a los efectos del dictado de este decisorio”.

“... Si le asigno valor a la medición, se debe rechazar la demanda, porque los valores de la misma son por debajo de lo permitido. Pero si no le asigno valor alguno por entender que sus parámetros han sido manipulados, la pericia pierde eficacia, y la demanda también habría de ser rechazada, ya que la parte actora no habría probado los extremos que invocó en su libelo inicial. El rechazo de la demanda sería la opción más fácil de resolver, basándome exclusivamente en cuestiones formales, pero que alejan a las normas de la justicia en el caso concreto. Y aquí es donde cobran relevancia las normas referidas a la prevención de daños, que como expresé supra, iban a resultar de preponderancia en la solución definitiva del caso. de prevención, que hace a la esencia de la llamada responsabilidad civil preventiva. La innovación es relevante y muy significativa, pues la tutela preventiva y las acciones (pretensiones) que de ella dimanar dan lugar a un dispositivo general’ (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPIÑOS, Carlos G., ‘Tratado de Responsabilidad Civil’, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 822). El camino un poco más complejo es el que permite obtener una decisión que sea justa para ambas partes, toda vez que existen constancias de donde es presumible inferir que el volumen de la noche de la medición fue manipulado. Entiendo es este el camino correcto, toda vez que, en este tipo de casos, la ley solo confiere estándares sumamente elásticos, confiando así en la prudencia judicial, y es la interpretación que puede desprenderse de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com.”.

Considera que la opción de la clausura no luce apropiada y resuelve “con base en lo dispuesto por los arts. 1º, 2º, 3º, 7º, 10, 1710, 1711, 1712, 1973 del Cód. Civil y Com.; 130, 132, 327, 328, 329, 330 del Cód. Proc. Civ. y Com.; 26, 35, 36, 39, 49 de la ley 9459; y sus concordantes y correlativos: I. Hacer lugar parcialmente a la acción preventiva de daños interpuesta por el Consorcio Independencia 1067, y en su mérito, condenar a Makenssy SRL a finalizar las obras recomendadas por el Ing. S. F., en el plazo de 90 días corridos de quedar firme la presente re-

solución, bajo apercibimiento de disponer la clausura provisoria del local hasta tanto se finalicen las citadas obras; II. Emplazar al Consorcio a que en el plazo de diez días hábiles de quedar firme la presente resolución, denuncie nombre y domicilio de los propietarios cuyos departamentos colinden con el terreno del

boliche, y acredite notificación a los mismos respecto de que deberán expresar, de manera personal e indelegable, su voluntad acerca de insonorizar sus departamentos, bajo apercibimiento de que su silencio sea interpretado como una negativa a la realización de dicha obra en sus respectivos inmuebles”.

Encandilados por el fondo y extraviados de la forma

Notas sobre el trámite de una pretensión preventiva

Andrea A. Meroi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo.— III. Nuestra preocupación.— IV. Palabras finales.

I. Introducción

Lentamente los abogados van imaginando estrategias defensivas que echan mano a las consagraciones del Código Civil y Comercial. Aunque no siempre se den a conocer, ya contamos con un número nutrido de precedentes que se ocupan de la mal llamada *acción preventiva de daños* (1).

Uno de esos fallos, precisamente no publicado, nos da una buena ocasión para esta breve nota. Más allá del conflicto resuelto y del sentido en que se lo hizo (que no entramos a considerar), se trata de un ejemplo de las consecuencias en las que puede desembocar la confusión entre “el fondo” y “la forma”, a la que se suma el desconocimiento de muy elementales rudimentos de cómo funciona un proceso (mejor si “debido proceso”).

(*) Doctora en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Profesora titular ordinaria de Derecho Procesal I y II, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

(1) Nos hemos referido a este inexcusable error en nuestro trabajo “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70; AR/DOC/956/2016. Allí precisábamos conceptos elementales del derecho procesal: una cosa es el derecho de acudir a la autoridad en busca de una respuesta jurisdiccional (acción procesal) y otra cosa es el contenido de esa respuesta, el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión). Esa pretensión persigue el reconocimiento jurisdiccional de un afirmado derecho (en la sentencia se verá si, efectivamente, ese derecho queda comprobado o no).

II. El fallo

La resolución judicial en cuestión (2) tiene la virtud de brindar muchos detalles del trámite que la precedió.

Para empezar, advertimos que los autos fueron caratulados como “medidas cautelares y preparatorias”. Sin embargo, en los “y vistos” se consignan datos que dan cuenta de un claro desborde de ese objeto. Los destacados nos pertenecen y —de alguna manera y sin perjuicio de lo que diremos en el siguiente punto— adelantan nuestro desconcierto por la deriva de este expediente. Veamos:

a) el actor “solicita a V.S. ‘decrete’ o dicte ‘auto’ de Acción Preventiva Autónoma contra el Banco ICBC SA... con el objeto de proceder a ordenarle al Banco demandado ‘cerrar cambio y transferir a euros la suma de pesos...’” (3);

b) luego de narrar los hechos del caso, el actor solicita “*medida cautelar urgente —acción preventiva autónoma y/u obligación de hacer en forma definitiva—* exponiendo sobre la justificación de su procedencia según las nuevas normas del Cód. Civ. y Com. (arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y 1718, ss. y cc.) y el peligro en la demora,

(2) Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N.º 12 de la ciudad de Rosario, 22/06/2016, autos “Wouters, Gladys c. ICBC SA s/ medidas cautelares y preparatorias”.

(3) La pretensión data de principios de diciembre de 2015, momento de restricción cambiaria.

peticionando ‘que el Banco accionado proceda a cerrar cambio y transferir a euros la suma de ..., todo bajo apercibimiento de aplicar la suma de ... en concepto de astreintes por cada día de retardo en el cumplimiento’”;

c) el tribunal “ordena la iniciación de la *acción preventiva autónoma* (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.), corriéndose el *debido traslado al demandado a los fines de ser escuchado —sin generar contradictorio—*”;

d) el demandado comparece “con el objeto de *contestar el traslado al ‘solo efecto de ser escuchado’ sin que ello implique ‘generar contradictorio’ alguno*, aclarando que *no siendo esta la oportunidad para contestar demanda, no niega ni reconoce hechos ni derechos invocados por la actora*, entendiendo que su mandante no realizó acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de daño...” En el mismo acto, el demandado “*excepciona por incompetencia y falta de legitimación activa*”, fundándolas;

e) el tribunal “*provee el comparendo y escrito de escucha del demandado*” y fija una audiencia prevista en el ordenamiento procesal santafesino como facultad judicial para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito (art. 19);

f) la actora contesta *espontáneamente* las excepciones de incompetencia y falta de legitimación activa, negando su procedencia. Por lo demás, “afirma no perder de vista que la presente causa es una *acción preventiva autónoma* y que, por ello, V.S. se encuentra facultado a dictar medida solicitada con independencia de la cuestión relativa a la competencia”;

g) fracasada la audiencia de conciliación, los autos pasaron para “el dictado de *sentencia*” y luego fueron retirados para agregar un escrito suelto de la demandada por el que acusaba “abstracción de materia” a raíz del dictado de una nueva comunicación del BCRA;

h) el actor “rechaza el pedido de abstracción de materia y vuelve a *reformular la cautelar* solicitada manteniendo la finalidad perseguida —prevenir el daño (arts. 1710 inc. b) y 1711 del Cód. Civ. y Com.)—; a su vez peticona se resuelvan las *incidencias* pendientes —incompetencia

y falta de legitimación activa— y formula reserva constitucional”;

i) ya en los “considerandos”, el juzgador comienza con una definición de “traba de la litis”, recordando que “los hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la *demanda y su contestación* y de las peticiones formuladas en ellas, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado” (texto del art. 243 del Cód. Proc. Civ. y Com. Santa Fe), en la que estarían involucrados cuatro principios: sustanciación, *iura novit curia*, tema de prueba y congruencia. Entiende que su resolución debe ceñirse a esos principios;

j) en lo que aquí importa, el acápite “aspectos procesales” versa sobre un “estudio preliminar para limitar el andamiaje procesal transitado en los obrados”. Así, se afirma que el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. no prevé “cuál sería el trámite que se le debe imprimir a la acción en juego; sin duda alguna, tratándose de una acción de prevención de un supuesto daño y, en pos del urgente derecho amparado por la garantía constitucional de acceso a la justicia, debe permitirse que esa garantía se efectivice por el trámite más abreviado que tenga cada jurisdicción, incluyendo la acción de amparo, o a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas, entre ellas —además de la acción de amparo—: medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas *medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria*, sin perjuicio de la legislación procesal provincial que se dicte al efecto, *criterio —este último— adoptado por este Juzgado cuando en el 1º decreto de trámite se ‘corrió traslado al demandado sin generar contradictorio, al solo efecto de escucharlo, por el término de dos días’*, siendo este el trámite común en las *medidas autosatisfactivas*, instituto que en el momento de dicho proveído fue tenido en cuenta a sus efectos”;

k) el juez termina rechazando ambas “excepciones” y el planteo de “abstracción de materia”, hace lugar a la “acción preventiva” y ordena “en forma definitiva y como obligación de hacer, el cierre de cambio y transferencia de euros por la suma de...”;

l) respecto de las costas, las impone a la parte vencida por las excepciones de incompetencia y

de falta de legitimación “en cada una de ellas”; por su orden, en la “abstracción de materia”; a la vencida, respecto de “la cuestión de fondo” y “atendiendo que solo ha sido rechazada la petición sobre astreintes que no hacen a la pretensión principal”.

III. Nuestra preocupación

Quizá sea parte de una actitud humana muy difundida el enamorarse de lo nuevo, lo distinto, lo especial. Tal vez eso explique que muchos abordajes doctrinarios entiendan que esta *función preventiva de la responsabilidad civil* — además de la captación normativa expresa de un sector distinto de la realidad social— consagra un “nuevo proceso”, una “nueva acción”, un “nuevo proceso urgente”.

III.1. Desde nuestra perspectiva, existe aquí una confusión fondo-forma, en buena parte debida a la rémora de seguir denominando o, peor, considerando “acción” a lo que es una “pretensión” (4).

Una vez más, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra correctamente el *deber* de prevenir el daño, el correlativo *derecho* a no sufrir un potencial daño y —como no podía ser de otra manera (5)— el *derecho a accionar* fundado en ese *afirmado derecho a prevenir el daño*. En este sentido, corresponde hablar de “pretensión preventiva” y no de “acción preventiva”.

Aunque más no sea por una asociación inmediata, la denominación “acción preventiva” desemboca frecuentemente e incorrectamente en la idea de un “procedimiento” que, ahora, se quiere específico y propio. Cuando muchos autores y jueces repiten “acción preventiva autónoma” parecen querer significar que “tramita por una vía autónoma”, en el sentido de “específica”, “propia”. A contar de ese equívoco, el procedimiento puede terminar en cualquier lado o en cualquier cosa.

(4) Cualquier obra de teoría general del proceso puede iluminar ampliamente estas cuestiones. V., por todos, ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Sistema procesal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, caps. 7 y 8

(5) “Donde hay un derecho, debe haber un remedio para hacerlo valer...”

Como fuere, si algún sentido tiene hablar de “pretensión preventiva autónoma”, este debe encontrarse en la posibilidad de deducir dicha pretensión de forma aislada, sin servidumbre a una pretensión resarcitoria.

III.2. Respecto de esta pretensión preventiva de daños, hay muchos autores que coinciden en la necesidad (o, al menos, la conveniencia) “de un proceso autónomo de conocimiento, cuyo trámite brinde ocasión de debate y prueba en torno a la configuración de sus presupuestos”.

No estoy tan segura de ello y, antes bien, habría de arriesgar la respuesta contraria.

En efecto: no es infrecuente advertir en los ordenamientos procesales una profusión de procedimientos y juicios especiales. Por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, cualquier abogado tiene que considerar la regulación del juicio ejecutivo (en general), la ejecución hipotecaria, la ejecución prendaria, la ejecución de sentencia (en general), el apremio (ejecución de condenas de dar sumas de dinero), el apremio fiscal provincial, el apremio fiscal municipal... y siempre que no tenga que litigar en el fuero federal, caso en el cual deberá sumar otros tantos procedimientos ejecutivos en esa sede.

Observando esos procedimientos y comparándolos entre sí, las diferencias son nada sorprendentemente nimias: apenas distintos plazos, comparendo autónomo o conjunto con oposición de excepciones, alguna referencia a pruebas admisibles, efecto de algún recurso... ¿justifica eso la regulación de semejante cantidad de juicios especiales? ¿tiene algo de todo eso ventajas prácticas tangibles?

Esta realidad se agrava desde hace ya un tiempo por lo que se ha dado en llamar el “desdibujamiento de las fronteras entre lo sustancial y lo procesal” (6). Cada “nuevo derecho” (consumidor, ambiental, de la información, de la salud, de la integridad física y psicológica de la mujer y un larguísimo etcétera) reclama “su

(6) Como acertadamente caracterizó el Profesor Horacio Daniel Rosatti en su programa de estudios de “Teoría del Estado” para la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

procedimiento” (7). Así es que tenemos (o pretendemos tener) amparo ambiental, amparo de salud, hábeas data, procedimiento de violencia familiar... todos con regulaciones específicas. Una vez más: ¿se justifican todos ellos? ¿O será que —plazo más, plazo menos, explicitación de ciertas cautelares, efectos de concesión del recurso, etcétera— estamos ante procedimientos sustancialmente análogos? ¿O será que, como efecto no querido, estamos arriesgando la eficacia de la tutela por el solapamiento de las formas, en las que ya nadie tiene claro por qué vías tramitan qué pretensiones y en las que la confusión de plazos y pasos procesales compromete el derecho mismo?

Desde nuestra modesta mirada, el reclamo de “tutela procesal diferenciada” debe poder justificarse seriamente. No en vano muchos ordenamientos modernos caminan hacia la *simplificación* (un juicio plenario, un juicio abreviado), la sistematización de medidas cautelares y anticipatorias generosas, y la eventual *flexibilización* circunstanciada y motivada cuando así lo reclaman las singularidades de la pretensión.

Volviendo a la “pretensión preventiva de daños”, no encontramos esa peculiaridad que justifique (¡otro!) juicio especial más. Antes bien, creemos firmemente en la necesidad de avanzar hacia esa simplificación de los trámites (8).

(7) Nos hemos referido antes a estas cuestiones: “... como consecuencia disvaliosa de conjunto, podemos señalar la incomprensible inflación de procedimientos superpuestos. Del extremo de la falta de consideración de los aspectos particulares de determinadas materias (minusmodelación del Derecho Procesal), pasamos a la innecesaria y gravosa proliferación de procedimientos —tantos, cuantas ramas existan— (plusmodelación de los derechos de fondo), dificultando la tarea de jueces y abogados hasta límites intolerables y, mucho peor, desvirtuando aquello ‘propio’ de cada uno” (MEROI, Andrea A., “El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 28, 2005, ps. 49-68, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532>).

(8) De hecho, no está previsto como procedimiento especial en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comer-

cial (9), a falta de un trámite especial en nuestros ordenamientos procesales para dar cauce a la pretensión preventiva de daños, habrá que estar a las normas generales; en otras palabras —y a menos que se den circunstancias especiales— la pretensión habrá de tramitar por la vía del juicio declarativo correspondiente (10).

Y es que estamos claramente frente a una *pretensión declarativa* (p. ej., que persigue la determinación del derecho del caso) y, dentro de esta categoría, *declarativa de condena* [p. ej., que además de determinar el derecho del caso habrá de imponer una prestación de dar, hacer o no hacer (11)]. La *tutela inhibitoria* [como también suele llamarse a esta pretensión (12)] “constituye el objeto principal del juicio y su trámite debe realizarse cumpliendo con todos los principios del debido proceso, especialmente el de bilateralidad antes de la decisión” (13).

cial de la Nación (2019).

(9) Reiteramos aquí lo afirmado en “Aspectos procesales...”, ob. y loc. cit.

(10) Ordinario, sumario o sumarísimo, para el caso de la legislación procesal santafesina.

(11) En efecto, en el art. 1713, Cód. Civ. y Com. se dispone que la sentencia debe disponer “... obligaciones de dar, hacer o no hacer”. Para Peyrano se trata de un juicio de conocimiento, “específicamente un proceso de condena atípico” (PEYRANO, Jorge W., “Procesos individuales de consumo: la acción preventiva en general y en el terreno consumeril” en STIGLITZ, Gabriel — HERNÁNDEZ, Carlos, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 162). En un trabajo anterior, el mismo autor definía las “acciones preventivas” como “las acciones de condena que operan en hipótesis donde no concurren vinculaciones jurídicas anteriores y que solo funcionan respecto de relaciones, por así llamarlas, ‘fácticas’ (cercanía, vecindad, etc.) de las que, objetivamente, deriva la posibilidad de que se afecte el patrimonio moral o material de quienes las ejercitan” (PEYRANO, Jorge W., “La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual”, *JA* 2002-II, 992).

(12) Aunque de manera restrictiva, pues no se trata solamente de “no hacer” o de “inhibir” cierta actividad potencialmente dañosa.

(13) ARAZI, Roland, “Tutela inhibitoria”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 90.

De manera similar a Camps (14), descreemos de la necesidad —y aun de la conveniencia— de acuñar un nuevo género, “preventiva”, para este tipo de pretensiones (que sumaría a las ya clásicas pretensiones meramente declarativas, condenatorias y constitutivas), como, en cambio, ha sugerido parte de la doctrina (15).

Esta opción por el trámite de conocimiento ordinario cedería en el supuesto de encontrarnos ante casos especiales, por ejemplo:

a) que se den los presupuestos de admisibilidad del *amparo* (“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”, art. 43, 1º párr., CN), incluso los del *amparo colectivo* (16), en cuyo caso la vía procesal será la de este especial juicio de conocimiento abreviado, conforme a la legislación de cada ordenamiento;

b) que se trate de materia regulada por el “microsistema” del “derecho del consumidor y del usuario”, ley especial 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario) (17): “... el consu-

(14) CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 3; AR/DOC/2482/2015, nota al pie 18.

(15) Cfr., p. ej., MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela inibitória”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, 3ª ed., ps. 242 y ss.; entre nosotros y con cita de este autor, BARACAT, Edgar, “Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial”, LA LEY del 13/07/2015, 1; AR/DOC/2143/2015.

(16) “... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización” (art. 43, 2º párr., CN).

(17) Recuértese que en el comienzo mismo del Capítulo referido a la “Responsabilidad civil”, el Cód. Civ. y Com. dispone que “En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a la responsabilidad civil, son aplicables, en el si-

midor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o *amenazados*” (art. 52, LDC, el resaltado nos pertenece). En este supuesto y, como regla, la pretensión preventiva tramitará por la vía del *juicio sumarísimo*, normalmente “el proceso de conocimiento más abreviado” que rige en las jurisdicciones de los tribunales ordinarios competentes, “... a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado” (art. 53, LDC) (18);

c) que se trate de materia regulada por el “microsistema” del “ambiente”, ley 25.675 (“Ley General del Ambiente”): “... toda persona podrá solicitar, mediante *acción de amparo*, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo” (art. 30, último párr., LGA);

d) que existan procedimientos especiales consagrados a nivel provincial [v.gr., “ley 10.000” de la Provincia de Santa Fe, que consagra una vía sumaria (19)].

III.4. Asimismo, esa pretensión principal podrá ser acompañada de una pretensión cautelar o anticipatoria de prevención o limitación de la amenaza, en todo supuesto en que —a los presupuestos de procedencia de aquella— se sume el propio de esta: el *peligro en la demora*, la *urgencia en evitar el acaecimiento o agravamiento de un daño inminente*.

Así, Arazi ha afirmado que “... no siempre la característica fundamental de la tutela inhibitoria es la urgencia... La tutela inhibitoria es la culminación de un proceso de conocimiento

guiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código” (art. 1709).

(18) Hemos trabajado este tema en el Capítulo “Reglas y principios procesales en las relaciones de consumo”, STIGLITZ — HERNÁNDEZ, “Tratado...”, ob. cit., t. IV, ps. 38 y ss.

(19) Mal denominada “recurso contencioso-administrativo sumario”, cuando en realidad se trata de una verdadera “acción” (v. <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=222528&item=106466&cod=51995e5ac36b0f25c6d86d3ddb2a386c>).

que puede ser pleno o sumario; si es necesaria una medida cautelar se requerirá en ese proceso" (20).

El mismo autor considera que la diferencia entre ambas situaciones es palmaria: "[l]as medidas cautelares son provisionales, no así la sentencia que se dicte en una tutela inhibitoria, pues en este último supuesto se trata de un proceso autónomo. Es posible pedir una medida cautelar de no innovar o una medida innovativa dentro del proceso donde se requiere la tutela inhibitoria, pero el proceso se termina cuando se logra definitivamente el cese de la amenaza" (21).

En muchos casos, este verdadero "anticipo de sentencia" se canalizará por alguna de las medidas cautelares disponibles en la mayoría de los ordenamientos procesales argentinos: una amplia y generosa interpretación de los alcances de la "prohibición de innovar", la "medida innovativa", la "medida cautelar genérica" o similar (22).

(20) ARAZI, ob. cit., p. 92. Inmediatamente, con cita de Massimo BIANCA ("Diritto Civile. La responsabilità", Milano, 1994, p. 781), el autor compara que "... en el Derecho italiano la orden judicial impartida a un sujeto para que se abstenga de un comportamiento ilícito puede tener la naturaleza de una decisión judicial de condena o la de un proceso de urgencia, según que sea emitida como conclusión de un procedimiento ordinario o bien en una vía provisoria como acogimiento de una demanda cautelar". De igual modo para Peyrano: "la acción preventiva no reclama, indefectiblemente, la concurrencia de 'urgencia'. Sobre el punto, hemos aclarado: 'Visualizaremos dos clasificaciones propias de las acciones preventivas urgentes y acciones preventivas sin peligro en la demora. Las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que por ahora es una mera amenaza. Esta categoría, claro está, es la que por lo común admite en su seno medidas cautelares y también tutelas anticipadas. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza del daño no es inminente, sino una donde, conforme al orden normal y corriente de las cosas, transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse. De ahí que, p. ej., la acción preventiva contemplada por el art. 52, LDC no exija alguna suerte de 'peligro en la demora' para considerarla proponible. Sí, en cambio, la existencia de un daño al consumidor en ciernes, pero este no debe ser necesariamente inminente" (PEYRANO, "Procesos individuales...", ob. cit., ps. 165-166).

(21) ARAZI, ob. cit., p. 90.

(22) Cfr. CAMPS, ob. y loc. cit.

En cambio —a diferencia de muchos autores (23) y al igual que Camps (24)— no compartimos el despacho de las denominadas "medidas autosatisfactivas" que, en su versión más radicalizada (25), consideramos violatorias del orden constitucional que garantiza el derecho de defensa y la igualdad procesal de ambas partes.

En suma, coincidimos en que "[h]oy todas estas situaciones encuentran adecuado carril en la pretensión preventiva, en cualquiera de las dos versiones referidas: mediante una pretensión preventiva propiamente dicha se podrá obtener una sentencia que condene a desplegar conductas que impidan que el daño ambiental o el perjuicio a la salud ocurran; a través de pretensiones de cese o minimización se podrán reclamar prestaciones que permitan reducir las consecuencias del daño ya ocurrido, como la provisión de una prótesis o la entrega de una suma dineraria para gastos de tratamiento de salud. Contexto en cual, como se dijo, se podrán disponer de oficio o a pedido de parte medidas cautelares para conseguir antes —de manera

(23) Solo respecto de la "pretensión preventiva", reclama la "medida autosatisfactiva" Baracat, Vázquez Ferrera, López Herrera, etc. (cfr. CAMPS, ob. y loc. cit.).

(24) "No compartimos tal postura, partiendo de nuestro criterio —ya expuesto en muchas ocasiones— contrario a la validez constitucional de los institutos que, como la citada medida, permite que un juez disponga medidas condenatorias sin traslado previo a la contraparte y fuera de un proceso principal donde se resguarde debidamente el derecho al debido proceso. En 'La Proyectoada recepción legislativa de la tutela anticipada', JA - Lexis Nexis 1999-III-1091, hace ya muchos años planteábamos nuestra posición al respecto, criterio que no hemos variado hasta ahora. Y que no variaremos mientras siga vigente el art. 18 de la CN —y toda la doctrina edificada en derredor— atinente a la garantía del debido proceso y su componente básico: la necesidad de que exista posibilidad de alegación y prueba para todas las partes antes de toda resolución judicial definitiva" (CAMPS, ob. cit., nota al pie 20).

(25) Esto es, sin audiencia previa, sin prestación de contracautela e impugnables por recurso (y no por acción procesal, p. ej., proceso posterior)... Como reiteradamente recordamos, "no es lo mismo contestar demanda, que recurrir sentencia". Puede v. nuestra opinión en MEROI, Andrea A., "Medidas autosatisfactivas: nuestra oposición a que se incluyan en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe", LLLitoral 2007, 917.

provisoria— los efectos de hecho de esas mismas obligaciones” (26).

III.5. Habiendo dicho y recordado todo esto, volvamos a nuestro fallo y al procedimiento que lo precedió:

- autos caratulados como “medidas cautelares y preparatorias”,

- petición respecto de una “acción preventiva autónoma”,

- “mezcolanza” de “medida cautelar urgente —acción preventiva autónoma y/u obligación de hacer en forma definitiva—”,

- “debido traslado al demandado” para “ser escuchado” pero “sin generar contradictorio”,

- contestación del demandado “sin generar contradictorio alguno” y aclarando que no es la oportunidad para contestar demanda,

- oposición de excepciones en ese mismo acto,

- contestación espontánea de la actora reafirmando la existencia de una “acción preventiva autónoma”,

- reformulación de la “cautelar solicitada”,

(26) CAMPS, ob. y loc. cit.

- recordatorio del concepto de “traba de la litis” en un procedimiento en el que —supuestamente— no se había generado contradictorio,

- aclaración (recién en la “sentencia”) de que —precisamente porque no se generó contradictorio— estábamos en el marco de una medida autosatisfactiva,

- imposición autónoma de costas en excepciones (una de ellas, perentoria)...

¿Hace falta una glosa respecto de cada uno de estos desatinos?

IV. Palabras finales

No dudamos de la necesidad de que el derecho se transforme a partir de inéditos requerimientos impuestos por los acelerados cambios de la realidad social o por renovadas consideraciones de justicia.

El derecho procesal está en deuda con muchos de esos requerimientos que, por cierto, exceden largamente a la puntual “pretensión preventiva de daños”. No obstante, esa transformación no puede desembocar en un desprecio de niveles conceptuales mínimos; desprecio que —en última instancia— se vuelve contra aquello que se pretende tutelar, al prescindir de formas esenciales de un proceso.

El derecho al olvido como una manifestación de la acción preventiva de daños

Abordaje desde el caso “De Negri vs. Google Inc.”

Gastón A. Navarro (*)

Sumario: I. Introito.— II. Resumen del fallo bajo examen.— III. Consideraciones generales en torno a la acción preventiva de daños.— IV. El derecho al olvido y las normas tuitivas.— V. Conclusiones.

I. Introito

Desde hace algún tiempo vivimos en una época absolutamente marcada por la superabundancia de información y buena parte de tales vicisitudes nos vino de la mano del acceso al internet. A través del acceso al internet nuestra

concepción como dimensionamiento del mundo mutó a niveles imprevistos como consecuencia de la estrechez del contacto interpersonal y la continua carga de contenidos plurales como de carácter prácticamente irrestricto que dificultan a ciencia cierta lograr chequear su verosimilitud, extensión y calidad. Tan significativo se volvió el tráfico de información que inclusive la pedagogía misma entró en crisis, jaqueando los esquemas tradicionales de enseñanza al forzar la mutación del rol histórico del docente (como depositario y transmisor natural del conocimiento) quien ahora debe *aggiornar* sus metodologías para enseñar a sus alumnos las pautas de acceso, obtención, filtrado, manipulación y asimilación de aquella información digital fácilmente asequible.

Con el desarrollo expansivo del internet se habilitó que el fenómeno de la globalización creciera exponencialmente resultando así que en cuestión de segundos podamos conocer que está sucediendo a miles de kilómetros de nuestra ubicación, intercambiando información a una velocidad cada vez mayor, recabar información de significativa antigüedad en tan solo un par de clics, todo ello causando una escalada de situaciones de riesgo que pueden terminar de-

(*) Abogado litigante (Univ. Nac. de Córdoba). Diplomado en Magistratura y Análisis del Caso Judicial (Escuela de Capacitación Judicial de Catamarca y Fundación para el Desarrollo de las Cs. Jurídicas). Magíster en Derecho Procesal (Univ. Nac. de Rosario). Doctorando en Derecho y Cs. Sociales (Univ. Nac. de Rosario). Ex asesor legal de la Dirección de Inspección Laboral y de la Subsecretaría de Trabajo de la Pcia. de Catamarca. Asesor legal de la Subsecretaría de Asuntos Institucionales de la Pcia. de Catamarca. Exdirector de Asesoramiento y Colegiación de la Asesoría Gral. de Gobierno de Catamarca. Exvocal de la Junta de Disciplina del Poder Ejecutivo de Catamarca. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nac. de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro de la Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y Altos Estudios Judiciales. Miembro de la cátedra de Derecho Procesal II de la Fac. de Derecho de la Univ. Nac. de Catamarca. Delegado en Catamarca del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático. Miembro Académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico. Expresidente de la Comisión de Jóvenes Abogados y actual director del Instituto de Investigación y Formación Jurídica del Colegio de Abogados de Catamarca.

generando en la producción de perjuicios a los usuarios o no del sistema.

Ante la fenomenología del internet, en la Argentina se dictó la ley 26.032 cuyo escueto contenido sostiene que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. A su vez, dentro del espacio de incidencia de las TIC se dictó la ley 27.078 donde se declara de interés público el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, las telecomunicaciones y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes. Su objeto es posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad. Esta norma es de orden público y excluye cualquier tipo de regulación de los contenidos, cualquiera fuere su medio de transmisión. Entre sus finalidades se menciona que busca garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo.

Vemos de la normativa citada que, lejos de buscarse limitación alguna, en realidad se buscan ampliar derechos en el acceso y utilización de las nuevas tecnologías de comunicación; pero sigue resultando una materia pendiente la legislación específica que venga a sentar precisas reglas de juego respecto de la abusiva manipulación de aquellas TIC y sobre todo que

regule la actividad de los prestadores e intermediarios de internet **(1)**.

Bajo el panorama descripto, desde el comentario de un reciente fallo, procederé en este trabajo a realizar un análisis que buscará ilustrar cómo desde la legislación común —en particular desde el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.)— se puede echar mano de herramientas para establecer limitaciones a los contenidos que circulan en el tráfico interminable del internet, en particular de aquellos que, por su connotación, antigüedad, incidencia, importancia, accesibilidad, propagación, etc., pueden terminar por afectar la honra, dignidad, respeto e intimidad de la persona.

II. Resumen del fallo bajo examen

Para poder desarrollar las premisas auguradas tanto en el título como encabezado de este trabajo, será menester realizar una breve reseña del fallo que entiendo viene a facilitar la comprensión del trabajo que se llevará adelante, y por, sobre todo, dejar en clara evidencia el amplio campo de acción que nos habilita la acción preventiva de daños como una herramienta jurídica que se nos provee desde una norma sustancial.

No puedo dejar escapar (y nobleza obliga mencionar en justo reconocimiento al valor del abogado litigante como motor desarrollista de novelos precedentes jurisprudenciales), que este caso nos viene dado de la mano del letrado Adolfo Martín Leguizamón Peña, siendo un reconocido abogado que lograra —hace varios años ya— ser fuente de consulta como referencia obligada en todo aquello relacionado con la responsabilidad de los buscadores de internet,

(1) Basta repasar las distintas noticias, lobbys y postergaciones: <https://www.infobae.com/tecnologia/2017/11/21/como-es-el-proyecto-de-ley-que-regula-la-responsabilidad-de-los-intermediarios-de-internet/>; <https://www.observacom.org/se-cayo-el-proyecto-de-ley-sobre-responsabilidad-de-intermediarios-en-argentina/>; <https://www.abogados.com.ar/el-proyecto-de-ley-para-regular-las-responsabilidades-de-los-proveedores-de-servicios-de-internet/21182>; <https://www.parlamentario.com/2018/11/08/postergan-para-2019-una-ley-que-regule-la-responsabilidad-de-proveedores-de-internet/>; <https://www.cabase.org.ar/declaracion-de-la-camara-argentina-de-internet-sobre-el-proyecto-de-ley-de-responsabilidad-de-intermediarios/>.

sobre todo a partir de la obtención del fallo en el renombrado caso “Rodríguez” (2) que trasuntara por ante nuestro máximo tribunal nacional.

(2) CS, R. 522. XLIX “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, sentencia del 28/10/2014, Cita CS, Fallos: 337:1174, Cita Online: AR/JUR/50173/2014. En dicho precedente, se encontraban fuertemente tensados los dos derechos que chocaban en juego, por un lado, el derecho a la libertad de expresión y de información, y por el otro el derecho al honor y a la imagen, ambos de raigambre constitucional. En una solución armonizadora, la Corte tuvo que expedirse en torno a 4 postulados esenciales: a) qué tipo de responsabilidad debe ser aplicada a los buscadores de internet; b) si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al “buscador” o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente; c) si cabe atribuir responsabilidad al buscador respecto de los thumbnails en virtud de lo estipulado por el art. 31 de la ley 11.723; y finalmente d) si resulta procedente la tutela preventiva de la difusión de información lesiva para los derechos personalísimos de un sujeto. Respecto al primer postulado, la Corte ha determinado que corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” la luz de la responsabilidad subjetiva, toda vez que —y de conformidad con la tendencia dominante en el derecho comparado— los buscadores no tienen una obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. En consecuencia, toda vez que actúan como meros intermediarios se concluye en que son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado. Sin embargo, la Corte destaca que en algunos casos los buscadores pueden llegar a responder por un contenido que le es ajeno, cuando “a partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, al no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa”. Y por ende resulta aplicable el art. 1109 del Cód. Civil. Respecto al segundo de los planteos, y en relación con la determinación del factor de atribución subjetivo para atribuir responsabilidad a un buscador, la Corte se ha expedido acerca del “efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva”, manifestando que en aquellos casos donde el daño resulte manifiesto y grosero bastaría la simple notificación privada —pero siempre de manera fehaciente—; y en aquellos casos donde el contenido dañoso exija un esclarecimiento, para que el buscador tenga conocimiento acerca de la supuesta ilicitud, es necesaria la notificación del hecho en sede judicial o administrativa. En cuanto al tercer interrogante, nuestro Máximo Tribunal ha determinado que no resulta aplicable al caso de autos el art. 31 de la ley 11.723 —norma que establece la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen—, toda vez que en la cuestión debatida no se trata de determinar la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet, sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace, como es el caso de los “buscadores”. Finalmente, res-

Entrando de lleno al caso judicial en cuestión (3), el cual al momento de efectuar este trabajo resulta absolutamente reciente y sin adquirir firmeza por cuanto obra apelado por ambas partes, se trata de un planteo que presentó la Sra. Natalia Ruth Denegri, promoviendo demanda contra Google Inc. solicitando con carácter urgente se aplicara el derecho al olvido respecto de información personal ocurrida hacía más de veinte años, la que tildó de perjudicial, antigua, irrelevante e innecesaria, afirmando que le ocasionaba serios perjuicios, ya que se refería a hechos periodísticos ocurridos en el pasado de la peticionaria, vinculados a una causa penal de trascendencia que consideró que carecía actualmente de interés público y general. Reconoció que en el año 1996 fue protagonista de un hecho que tuvo connotación pública por estar vinculado al conocido caso “Cóppola”. Señaló que luego de muchos años (veinte) la información continúa apareciendo en los resultados de búsqueda de la demandada al ingresarse el nombre de la peticionaria. Admitió que se trata de información real de la peticionaria sobre hechos de los que formó parte y en los que se vio involucrada, pero que pertenecen a un pasado que desea olvidar. Postuló que tal información resulta antigua, irrelevante, innecesaria y obsoleta, sin ningún tipo de importancia informativa y periodística. Describió y adjuntó impresiones de pantalla del resultado de la búsqueda que se observa en el sitio de la demandada al introducir las palabras “Natalia Denegri caso Cópola”, detallando las URL que pretende que sean desvinculadas del buscador. Expuso que la información brindada por los resultados de esa

pecto al cuarto punto expuesto, la Corte ha determinado, de conformidad con el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de acuerdo con la doctrina expresada en numerosos fallos, que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser interpretada en forma restrictiva, y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad; con lo cual, teniendo en cuenta las constancias de autos, determinó que la tutela preventiva no resulta aplicable, toda vez que no se ha invocado un caso que justifique apartarse de los principios ya sentados por la Corte al respecto.

(3) Juzgado Nacional en lo Civil 78ª Nom., a cargo del juez Hernán Horacio Pages, en autos “Denegri, Natalia R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos: acciones relacionadas” (expediente 50.016/2016), sentencia del 20/02/2020, Cita online: AR/JUR/184/2020.

búsqueda la avergüenzan ya que forman parte de un pasado que no desea recordar.

Al momento de contestar demanda, la empresa Google Inc. sostuvo su propia ajenidad, como motor de búsqueda, respecto de los contenidos cuestionados por la actora y que se encuentran subidos a la web por terceros en cuyo respecto la empresa no ejercería ningún control acerca de la veracidad, calidad y alcances de sus contenidos. Describió el mecanismo operativo de los buscadores de internet y del servicio denominado “YouTube”. Invocó la protección constitucional del servicio de búsqueda por internet, argumentando acerca de los motivos jurídicos de tal protección. Postuló que el reclamo de la actora deber redireccionarse contra los sujetos responsables del contenido subido a internet y no contra los buscadores. Consideró que en el caso no se ha ocasionado daño alguno a los derechos personalísimos de la actora a raíz del obrar de Google Inc. Controvirtió y argumentó acerca la supuesta irrelevancia de la cuestión postulada por la actora; en tal sentido, sostuvo que la cuestión en la que la actora se vio involucrada en sucesos de innegable interés público que la ciudadanía tiene derecho a conocer y tener disponible. Argumentó acerca del rango constitucional de la protección del derecho a la información. Objetó la aplicabilidad al caso bajo examen del denominado derecho al olvido invocado por la peticionaria.

El juez interviniente, en sus considerandos, procede a realizar un interesante tratamiento en torno a lo que considera sustancial en la controversia, esto es por un lado, el derecho al honor y a la protección de la intimidad personal y familiar, y por el otro, la protección de la libertad de expresión e información; remarcando que “el denominado derecho al olvido se presenta como una alternativa que, en ciertos casos, puede permitir conciliar tales derechos fundamentales en puja, aportando la alternativa de desvincular de los motores de búsqueda el nombre de la interesada con relación a los contenidos que describen el hecho pretérito que se busca ‘olvidar’”.

En el fallo fueron materia de análisis la ley 26.032, la postura de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los

Estados Americanos (“Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, 1º de junio de 2011), lo sostenido por Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, 29 de junio de 2012, párr. 1º; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 31 diciembre de 2013, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 17 y 19.3.a), el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 19, 33 y cc., CN, jurisprudencia y doctrina aplicable.

Luego del abordaje jurídico y la meritación de la prueba, a cuya extensión me remito en aras de la brevedad (4), el juez terminó por resolver la admisión parcial de la demanda disponiendo que Google Inc. deberá proceder, dentro del plazo de diez días hábiles judiciales de consentida o ejecutoriada la decisión, a suprimir toda vinculación de sus buscadores, tanto del denominado “Google” como del perteneciente a YouTube, entre las palabras “Natalia Denegri”, “Natalia Ruth Denegri” o “Natalia Denegri caso Cópola” y cualquier eventual imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, que exhiban eventuales escenas que pudo haber protagonizado la peticionaria cuyo contenido pueda mostrar agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile, así como también, eventuales videos de posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada. A su vez, difiere para la etapa de ejecución de esta condena, que la actora deberá individualizar las URL que violen lo dispuesto y que eventualmente Google Inc. haya omitido desindexar, a los fines de adoptarse las medidas compulsivas que pudieren corresponder.

(4) Siendo de vital importancia para resolver de la forma en que lo hace, la distinción que efectúa —sobre todo en materia de trascendencia e importancia que poseen— entre lo que serían los contenidos fotográficos y audiovisuales de lo que serían notas periodísticas a las cuales se puede acceder luego del proceso de búsqueda que hace la demandada en alusión al caso en donde la accionante se viera involucrada.

III. Consideraciones generales en torno a la acción preventiva de daños

Desde la sanción del Código Civil y Comercial se incorporó de modo expreso la función preventiva que debe regir la vida en sociedad y la guía que en consecuencia nos impone la normativa sustancial contenida específicamente en la Sección 2º “Función preventiva y punición excesiva” del tít. V, cap. I, del Libro Tercero, bajo los arts. 1710 (5), 1711 (6), 1712 (7), 1713 (8), 1714 (9) y 1715 (10).

Sobre la aparición de este nuevo régimen, calificada doctrina remarca: “Ya se ha dicho que el Cód. Civil centraba la responsabilidad en el resarcimiento del daño ocasionado por el hecho ilícito. Sin embargo, existían diversas normas dispersas en el sistema que cumplían una función preventiva en algunos supuestos específicos. Así, podemos encontrar, en el Cód. Civil, a

(5) 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 este 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.

(6) Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(7) Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

(8) Sentencia. 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.

(9) Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

(10) Facultades del juez. En el supuesto previsto en el art. 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

la acción por daño temido (art. 2499, Cód. Civil), o la acción negatoria, consideradas las acciones inhibitorias clásicas. Por su parte, diversos microsistemas jurídicos más modernos preveían acciones preventivas específicas para su ámbito. Por ejemplo, la Ley General del Ambiente (25.675) consagra la acción de amparo tendiente a obtener la cesación de las actividades generadoras del daño ambiental colectivo, y legitima para promoverla a toda persona, sea esta pública o privada (art. 30). Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor consagra, en su art. 52, la acción judicial tendiente a prevenir los daños que pueda sufrir la parte débil de la relación de consumo, cuando sus intereses se encuentren ‘amenazados’. Finalmente, en el ámbito procesal encontramos algunas herramientas que pueden utilizarse con la intención de prevenir el daño o evitar su agravamiento, como las medidas cautelares genéricas y las autosatisfactivas. Con todo, es claro que dichas herramientas, si bien son muy útiles, no resultan suficientes para hacer efectiva la tutela preventiva en todos los casos. En efecto, algunas de ellas rigen únicamente en relaciones jurídicas específicas, como ocurre en el ámbito del derecho del consumo y del ambiente. Otras, si bien pueden utilizarse con un objetivo preventivo, no fueron confeccionadas con ese fin, como ocurre en el caso de las medidas cautelares. En efecto, estas últimas tienen por objeto preservar el derecho del demandante hasta el dictado de la sentencia, que —partiendo de la trilogía clásica— será constitutiva, declarativa o condenatoria. Sin embargo, en el caso de la acción preventiva, la sentencia definitiva también será anticipatoria [129] y la medida cautelar a dictarse coincide con el objeto de la pretensión” (11).

En cuanto a los requisitos de procedencia de la acción preventiva, se nos enseña: “Se distinguen varios modos generales de actuar u obrar jurídicamente. Una clasificación diferencia entre: 1) los actos de comisión, acción o ejecución: son comportamientos positivos que causan un daño injustificado por acción; 2) los actos de comisión por omisión o de abstención de la acción: el autor se abstiene de adoptar las pre-

(11) HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 4, p. 420.

cauciones necesarias para que su actividad no cause daños, y 3) los actos de omisiones simples y puras u omisiones lícitas puras: se trata de las meras abstenciones. Otra clasificación distingue entre: 1) los actos ilícitos positivos y 2) los actos ilícitos negativos. En los actos ilícitos positivos, el acto está prohibido de modo expreso o tácito. Los ilícitos negativos pueden subclasificarse en: a) los actos ilícitos en la acción o de comisión por omisión u omisión en la abstención; b) los actos de omisión pura y simple u omisión ilícita pura. En el primer caso, en los actos de comisión por omisión, se prohíbe un efecto y el proceso causal (v.gr., golpear, matar), o negativamente (la enfermera que no le suministra un medicamento al enfermo; el peatón que no avisa al ciego que camina hacia un pozo, la madre que no amamanta a su hijo recién nacido) (...) En cambio en la omisiones ilícitas puras y simples (actos ilícitos negativos) el autor deja que ocurra el acontecimiento que no contribuyó a causar y que le es extraño. Este es el *quid* de la omisión antijurídica que radica en no hacer algo no solo cuando la ley impone obligatoriamente la conducta de acción (v.gr., el abandono de personas previsto en los arts. 106 a 108 del Cód. Penal), sino también cuando la conducta omitida es exigible de acuerdo con la totalidad del ordenamiento, el orden público, la buena fe y el abuso del derecho (...). El principio de prevención constituye, en cuanto principio, un mandato indeterminado que deberá concretarse en cada caso, según sus singularidades (v.gr., conduzca el automotor con precaución) y que se suma —fortaleciendo— la regla especial que pueda regirlo (v.gr., no superar la velocidad máxima de 60 km/h en las avenidas —art. 51, inc. a, ap. 2º, ley 24.449—) operando de modo autónomo cuando la regla no previó el supuesto particular (v.gr., circular con precaución ante la proximidad de un centro que alberga personas con capacidades diferentes o de una escuela)” (12).

De esta manera, y específicamente lo tocante a la regulación del art. 1711, Cód. Civ. y Com., aparece la acción preventiva de daños, o también denominada la “tutela inhibitoria genérica”. Si bien ya marqué en la cita anterior que la vieja legislación posee desagregada en diversas

partes este tipo de tutela, lo que corresponde destacar es: “Lo novedoso del presente artículo sería el precepto general que cubre tanto la acción como la omisión, que hace previsible no solo la producción del daño, sino también su continuidad, agravamiento, y esto sea, cualquiera fuere el factor de atribución de responsabilidad” (13).

Vale recordar, a título ilustrativo, el carácter pretoriano que originariamente tuvo en nuestro país la figura de la Tutela Inhibitoria, cuando la CS se pronunció en el célebre *leading case* del caso “Camacho c. Grafi Graf” (14) en el que se ordenó al demandado la provisión al actor de una prótesis durante el proceso y antes de la sentencia principal, frente a la urgencia y particularidad del caso. En ella se hace hincapié en la eficacia del proceso y en el carácter instrumental de sus normas a fin de hacer efectivos los derechos sustanciales.

Al referirnos a tutela preventiva, claramente estamos en presencia de las dos figuras típicas que la componen como son: 1) las medidas autosatisfactivas, 2) la tutela anticipada. En el primer caso, la procedencia de esta se supedita a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes (o sea no cotidianas) derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y prontitud aparecen como perentorios; de la fuerte verosimilitud de los hechos, con grado de certidumbre acreditado al inicio del requerimiento o, en su caso, de sumaria comprobación. Se genera la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar, provisional o preventiva con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionante. Por otro lado, cuando referimos a tutela anticipada, estamos en presencia de supuestos ciertos y ex-

(13) BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. II-A, p. 157.

(14) CS, 07/08/1997, “Camacho Acosta, Máximo. c. Grafi Graf SRL y otro”, Cita CS, Fallos: 20:1633, Cita Online: AR/JUR/2335/1997; LA LEY 1997-E-652, JA 1997-IV-620; DJ 1997-3-59; ED 176-62, con nota de MORELLO, Augusto M. en su trabajo “La tutela anticipada en la Corte Suprema”.

(12) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. VIII, ps. 303-304.

cepcionales, donde se puede adelantar —total o parcialmente— el resultado de la sentencia definitiva en favor del sujeto procesal impedido de aguardar el agotamiento de los estadios que conduzcan a su firmeza definitiva. Estas últimas se distinguen de las primeras por cuanto aquellas agotan la Litis, mientras que las segundas son accesorias del proceso principal.

A su vez (planteando lo sustancial de esta faceta que nos permite la figura *sub examine*) en aras de ilustrar en torno a la diferenciación de la acción de suspensión de la acción de agravamiento contenida en la norma, se remarca: “La norma permite interponer la acción preventiva para impedir la ‘continuación’ del daño. Es una acción de cesación que tendrá lugar en todos aquellos casos en los cuales el daño ya se ha producido, pero la conducta es continuada y se pide su cese (...). Estas acciones son imprescriptibles e independientes de las acciones indemnizatorias, porque suponen conductas continuadas (...). Pero pueden ocurrir casos en los cuales el daño ya se haya producido y sea irreversible, o bien que no se trate de una conducta continuada que se mantiene con el tiempo. El caso previsto en la norma es del daño ya producido, por un hecho único, pero que incluso puede llegar a ser peor. Si no estuviera prevista la posibilidad de iniciar la acción de agravamiento bien podría ser que a la víctima le dijeran que debió plantear directamente la acción indemnizatoria. También puede ser útil la acción de cese de agravamiento para aquellos casos en los cuales la acción de daños ya ha prescrito o ha sido pagado. La acción del cese del agravamiento, que tiene un objeto distinto, no está alcanzada, en principio, por la prescripción liberatoria” (15).

IV. El derecho al olvido y las normas tuitivas

En el capítulo anterior se pudieron exhibir las características que presenta la acción preventiva de daños. Ahora bien, ¿de qué manera dicha normativa se vincula con el derecho al olvido? Si bien la respuesta puede presentarse sencilla, para lograr una comprensión más acabada, entendiéndose menester proceder a desarrollar que se entiende por “derecho al olvido”.

(15) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ESPER, Mariano (coord.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. 4.

En sentido amplio, el derecho al olvido, o también llamado “derecho a ser olvidado”, es “el derecho de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado” (16).

Trayendo a colación un interesante trabajo sobre esta materia, remarco: “El llamado ‘derecho al olvido’ se traduce en la cancelación de un dato que puede ser verdadero, nace del derecho de autodeterminación informativa, a grandes rasgos es el dominio de los datos personales ejercido por el individuo. El individuo tiene derecho a la intimidad y a mostrarse al mundo según su propia construcción. La factibilidad de este derecho pone en tensión la libertad de expresión y el derecho a la información. Derechos fundamentales y de misma envergadura” (17).

Así tenemos que, dentro del marco abordado, una primera aproximación conceptual sería la de afirmar que es la potestad de las personas de exigir a los buscadores de Internet que se suprima la conexión automática que se da entre sus nombres y los sitios que exhiben información personal acerca de esos sujetos, con independencia de que los datos puedan ser correctos y veraces. Ya en tren de precisiones tenemos que Vaninetti (18) lo define como la facultad que tiene un individuo o su familia de que no se traigan al presente hechos verídicos realizados en el pasado, deshonorosos o no, y que por el transcurso del paso del tiempo no son conocidos socialmente, pero que al ser divulgados ocasione un descrédito público.

(16) Véase DE TERWANGNE, Cecile, 2012, “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. En Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, 13, febrero 2012. http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/view/n13-terwangne_esp/n13-terwangne_eng. [Consulta: 4 agosto 2014].

(17) MENDIBERRI, Lucía S., “Derecho al olvido. El derecho a la intimidad en la era de la información - Un trabajo acerca del derecho al olvido y los buscadores”, Dep. de Derecho - Abogacía, Univ. De San Andrés, Buenos Aires, 2015, p. 6. Extraído de <https://repositorio.udea.edu.ar/jspui/handle/10908/11999>.

(18) VANINETTI, Hugo A., 2011, “El derecho al olvido en Internet”, ED 242, 566.

Así, se postula un mecanismo para solicitar a los motores de búsqueda que ya no enlacen noticias, blogs, imágenes o cualquier publicación en la cual se menciona a una persona afectada que la considera inadecuada, antigua, fuera de contexto o impertinente, por más que el contenido sea cierto y permanezca luego publicado en la página web en la que aparecen esos datos.

Sobre esta plataforma conceptual empezamos a ver el rol tuitivo que caracteriza al “derecho al olvido” y su enraizamiento con la esencia de la acción preventiva de daños. Más aún si recordamos que al referirnos a los buscadores de internet, la incidencia de aquella norma en análisis pone el deber de prevenir el perjuicio en cabeza de todos aquellos que se encuentren en posición de evitar la producción del daño. Acertadamente la doctrina (19) advierte que es menester determinar si este deber recae sobre todos, en general, o solo sobre aquellos que se encuentran en una situación específica que les permite evitar que el daño se produzca. Este último aspecto del deber consagrado en el art. 1710, Cód. Civ. y Com. se vincula con los casos en que la omisión de un sujeto puede constituir un obrar antijurídico. En este sentido, cabe tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto por el art. 1717, Cód. Civ. y Com., en materia de omisiones la antijuridicidad también es material y atípica, pues basta con la violación del deber general de no dañar. En cuanto al deber previo de actuación esta norma señala expresamente que ello incumbe a toda persona “en tanto dependa de ella”, y hace referencia a la adopción de “medidas razonables” para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, todo ello en función del principio de buena fe (art. 1717, inc. b), Cód. Civ. y Com.). En particular, la mención de este último estándar conecta la cuestión con la teoría del abuso del derecho, pues este se configura —entre otros casos— cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe (art. 10, Cód. Civ. y Com.).

Retomando las ideas en torno al “derecho al olvido”, tenemos que en el fallo *sub examine* se recuerda que el antecedente emblemático que

a nivel internacional dio lugar al reconocimiento efectivo del derecho al olvido ha sido el fallo dictado en el caso “Costeja” (20) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 13 de mayo de 2014, que estableció que el interesado tiene derecho a dirigirse al buscador de Internet de modo directo para hacer el requerimiento, y si este no le concediera su petición, podrá someter el asunto a las autoridades competentes a fin de obtener, bajo ciertas condiciones, la eliminación de ese enlace de la lista de resultados. En dicho precedente, Mario Costeja, ciudadano español, se dirigió a la Agencia Española de Protección de Datos ante la negativa de Google a dejar de enlazar una información vinculada a una subasta por deudas de la seguridad social que aparecía publicada en un medio de comunicación de difusión nacional, habida cuenta de que cuando un internauta introducía su nombre en el citado buscador, en la lista de resultados aparecía dicha publicación con una información de hacía dieciséis años. Si bien el Tribunal consideró que el periódico que publicó la información lo hizo de forma legal, cumpliendo con el derecho a la información, con lo cual podía seguir manteniendo público el contenido, obligó a Google a retirarlo de sus enlaces porque estos ya no eran pertinentes al tratarse de una información sobre una deuda comercial que carecía de actualidad.

La temática es sumamente ardua y álgida en lo controversial, puesto que dista mucho de lograr los consensos necesarios para lograr una aplicación homogénea y trasversal a todo pedido con este tipo de contenidos. Sobre ello, en oportunidad de comentar el fallo cimero europeo del párrafo anterior, se nos recuerda que “(...) con el paso del tiempo todo dejaría de tener interés público y a largo plazo cualquiera tendría derecho al olvido. Una visión tan amplia del manejo de la información en la red no debe ser permitida (...) La determinación es problemática por muchos motivos. Uno de ellos, que cualquier ciudadano puede considerar innecesario que se lo mencione en la web con connotaciones negativas.

(19) Véase HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo — PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 4, ps. 418-19.

(20) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, “Google Spain, S.L., y Google Inc., c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González”, 13/05/2014, Cita Online: EU/JUR/2/2014.

“La línea divisoria a veces no es muy clara. Además, la división que hace el tribunal entre medios de prensa y buscadores es artificial. De hecho, hoy en día Google tiene tanto o más efecto que un medio de prensa, y por ende debería ser alcanzado al menos por las mismas garantías constitucionales.

“Por eso lo primero que hacen los gobiernos totalitarios es controlar o desenchufar internet. Por último, con el paso del tiempo todo dejaría de tener interés público y a largo plazo cualquiera tendría derecho al olvido.

“Una visión tan amplia del manejo de la información en la red no debe ser permitida. Internet creó una revolución tan importante que aún no nos damos cuenta de su importancia. Antes existía un concepto denominado *practical obscurity*: la información que era pública estaba accesible, pero había que ir físicamente a buscarla.

“Ahora, al subir todo online, esa oscuridad se volvió luz por la acción de los buscadores. Además, en internet no solo hay datos personales, sino también noticias, fotos, imágenes y videos de todo el mundo. Está reflejado cada vez más el universo tal cual es. Esa realidad cada vez es menos virtual; cambiarla es una tentación para cualquiera.

“Que una persona o empresa pueda controlar su pasado y modificarlo a voluntad significa que también puede modificar la historia. Todos sabemos que hay gran parte de la historia que no se debe olvidar y en ello está fuertemente implicada la libertad de información.

“El derecho al olvido suena atractivo, pero será muy problemático si es reconocido sin restricciones (...). Si se admite el derecho al olvido sin límites, como parece haberlo hecho el tribunal europeo, se podrá argumentar que ahora el aparato estatal que modifica la información no será el gobierno, sino el buscador obligado por la ley o, peor aún, los jueces (que también son el Estado) que tendrán que decidir con los planteos de las partes si una persona tiene derecho a reescribir su historia en la web” (21).

(21) PALAZZI, Pablo, “Enfoques sobre la actualidad del país y del mundo - Comunicación Institucional San Andrés en imágenes”, extraído de https://www.udesa.edu.ar/Revista/Detalle/10_1231_Pablo-Palazzi-El-derecho-al-olvido-en-Internet-sera-muy-problematico-sin-restricciones.

Muchos de los múltiples dilemas en torno a la prevalencia de derechos en juego se deben a la concepción cultural, económica y finalmente legal de cada país, y llevan a interrogarnos sobre la practicidad y efectividad de este tipo de pretensiones jurídicas. Sobre ello me remito al meduloso trabajo precitado (22) que aborda las asimetrías de esta controversia —desde la fortaleza de la impronta liberal que impera— en lugares como los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea; donde a modo gráfico de lo aludido —y sobre el país anglosajón— se citan las reflexiones de Jim Halpert y Patrick Van Ecke (23), quienes sostienen que incluso en caso de conflicto con un fallo extranjero en el sentido de “Google Spain vs. Agencia Española” (a favor del derecho en cuestión) no podría ser ejecutado en el país, mientras no persiga remover o bloquear contenido difamatorio de terceros u otros discursos. Se cita en esta línea el fallo “Yahoo! Inc. c. LICRA” (24) en el cual se declara que la legislación francesa que prohibía la diseminación de propaganda nazi no era aplicable en Estados Unidos por violar la Primera Enmienda.

No huelga recordar que, en nuestro país, el derecho al olvido —en modo restringido a temas crediticios— tiene su acogida en la ley 25.326, conocida como Ley de Protección de Datos Personales o de Hábeas Data, promulgada en el año 2000, la cual tiene por finalidad la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al

edu.ar/Revista/Detalle/10_1231_Pablo-Palazzi-El-derecho-al-olvido-en-Internet-sera-muy-problematico-sin-restricciones.

(22) MENDIBERRI, Lucía S., “Derecho al olvido. El derecho a la intimidad en la era de la información - Un trabajo acerca del derecho al olvido y los buscadores”, Dep. de Derecho - Abogacía, Univ. De San Andrés, Buenos Aires, 2015, p. 6. Extraído de <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/handle/10908/11999>.

(23) HALPERT, Jim — VAN ECKE, Patrick, “The right to be forgotten” in Today’s Information Age, Westlaw Journal Computer and Internat, vol. 32, Issue 12, 20/11/2014, p. 4.

(24) “Yahoo! Inc. vs. LICRA and UFJF”, 433 f3D1199, 9TH Circ, 2006.

honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre ellas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la CN (25). A su vez, esta norma debe complementarse e interpretarse con más de 90 regulaciones dictadas con posterioridad, de las cuales a modo referencial cito el dec. 995/2000, dec. regl. 1558/2001, res. MJDH 325/2002 y 4/2019, Disposiciones DNPDP 7/2005, 11/2006, 7/2008, 9/2008, leyes 26.346 y ley 27.275.

Entonces, luego de esta brevísima exposición de regulaciones y siguiendo los parámetros trazados en torno a la figura del derecho al olvido, tenemos que a través de la figura de la acción preventiva de daños se nos presenta un nuevo horizonte de oportunidades que amplía considerablemente el abanico de opciones sin las restricciones de otras variables, como por ejemplo la acción de amparo. Y ello es precisamente desde la óptica de evitar la continuidad o el agravamiento del daño que se denuncia acaecido: “La prevención del daño comprende también la tutela preventiva, pudiéndose ‘suspender’ el cumplimiento de la prestación hasta que la otra parte cumpla o ‘dé seguridades suficientes’ (art. 1032); puede pedirse el cese de la publicación ilícita o de la sentencia condenatoria (art. 1102), la protección de la persona (art. 51), la dignidad (arts. 52 y 1770). En todos estos casos son de aplicación los arts. 1708, 1710 y 1711” (26).

Por último, y a modo de cierre de este capítulo, es imperativo destacar que la normativa sustancial de la acción preventiva de daños prevé una particularidad que la diferencia sustancialmente del proceso resarcitorio clásico. En efecto, para la procedencia de la demanda tendiente

a evitar que el daño se produzca no será preciso que se encuentre configurado un factor de atribución. Es que, en este tipo de acciones, es muy común que la pretensión se dirija a detener una conducta que aún no ha comenzado a realizarse, por lo que difícilmente puede evaluarse si el factor de atribución se encuentra presente. Esta previsión cobra especial relevancia cuando el accionar del agente, para que surja el deber de resarcir el daño ya ocasionado requiere la configuración de un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa).

V. Conclusiones

Viéndome ya en las instancias finales de este humilde artículo, quisiera adentrarme en el mundo de las reflexiones finales y con ello dar pie a la cita de pensamientos de un meduloso trabajo cuya lectura recomiendo, que reza: “Las relaciones interpersonales en la sociedad actual han sufrido una serie de transformaciones a partir de la irrupción de Internet, las que están modelando el concepto de privacidad con su nueva impronta al eliminar fronteras, acortar distancias y reducir cada vez más las brechas temporales, configurando, de este modo, una comunidad global informativa a través de la que se hace accesible todo tipo de información de manera rápida y sencilla, y desde cualquier sitio del planeta del que se quiera acceder (...). Con respecto a Internet, el planteo de legislar y regular el derecho al olvido en este entorno reconoce una protección a la persona que así lo solicita para dejar de estar presente en la Web a través de los datos que a ella se refieran, y que corresponda quitar bajo ciertas condiciones. El principal desafío que se plantea es el de invertir el proceso de publicar información ‘para siempre’ garantizando un derecho que permita que esos datos, a solicitud de quién sea sujeto de ellos, sean eliminados por los mismos medios por los que han sido incorporados a la red.

“Todo lo antedicho pone en evidencia un conflicto sobre el que es necesario legislar para garantizar la sana convivencia y la libre determinación de las personas, acompañando la eventual necesidad de un individuo de ser diferente al que fue hasta un momento determinado de su existencia, sin avasallar el derecho a la información de la sociedad en ámbitos tales como el jurídico, el periodístico, el de desempeño en la

(25) Específicamente lo hace en el art. 26, inc. 4º de la citada ley, el cual materializa el principio de la limitación en el tiempo en que los datos deben ser destruidos una vez que han dejado de ser necesarios, o pertinentes, a los fines para los cuales hubieran sido recolectados. Lo antedicho hace referencia, especialmente, a que la información relativa a la solvencia económica, financiera y crediticia de una persona “deba ser eliminada del archivo, registro, base o banco de datos transcurrido un determinado tiempo desde que se produjo el hecho motivante de la información”.

(26) BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. II-A, p. 157.

función pública o en lo relativo a temas de interés histórico” (27).

De la cita efectuada, quiero afirmar la noción significativa de la sentencia apuntada, que resulta basal para este trabajo, por cuanto vino a reconocer una expansión en la previsión que ya existía en torno al derecho al olvido, sacándola del acotado contexto del mundo crediticio y financiero, para llevarlo al terreno de las noticias u hechos que por su pérdida de trascendencia o relevancia merecen caer en el vacío oscurantista del recuerdo social. Más aun, ante la falta de normativa específica se nos presenta al mundo de los operadores jurídicos una vía más a través de la cual se puede —desde el juego armónico de las normas sustanciales, convencionales y constitucionales— lograr el reconocimiento de los perjuicios que traen ínsitas las nuevas tecno-

logías y cuya urgente cesación como reparación debe tutelarse.

No es menos cierto que con esta nueva acogida del “derecho al olvido” de nuestros tribunales, se nos presenten localmente los riesgos y temores que todo ello implica (como ya lo apuntara *ut supra* y que sigue siendo materia de caluroso debate al mundial); pero debemos recalcar —con cierto regocijo— que la innovación esta vez no quedó relegada por los pruritos conservaduristas que suelen merodear a nuestra justicia. Está claro que no es una sentencia para todos los casos que circulan y no es de indiscriminada aplicación, por lo que será fundamental su tratamiento caso por caso, acreditando completa existencia de los presupuestos de la responsabilidad como de los extremos que viabilizan (conforme aquí vimos) la acción del art. 1711, Cód. Civ. y Com., para demostrar la colisión de los derechos constitucionales en danza y lograr así el dictado de una sentencia que termine por otorgar la preeminencia de uno sobre otro.

(27) Cfr. SILBERLEIB, Laura, “El Derecho al olvido y la persistencia de la memoria (The Right to be Forgotten and the persistence on the memory)”, extraído de <http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/ICS/article/view/2637/2931>.

La pretensión preventiva del daño y el seguro obligatorio automotor

Roberto M. Pagés Lloveras (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El seguro obligatorio y el voluntario de responsabilidad civil para la circulación de automotores.— III. El fin social del seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor y la obligación legal autónoma.— IV. El derecho del consumidor, las víctimas de accidentes de tránsito y el seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor.— V. Las cláusulas de exclusión de cobertura y su oponibilidad a las víctimas de accidentes de tránsito.— VI. Conclusión.

I. Introducción

Debemos distinguir el derecho de solicitar la actuación de la potestad jurisdiccional a través de sus órganos respectivos, en busca de una respuesta (acción procesal), del contenido de esa respuesta, es decir el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión procesal).

Por ende, cuando el Código Civil y Comercial de la Nación establece que “[l]a acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento...” (art. 1711, Cód. Civ. y Com.), y reclamamos con fundamento a dicha norma una condena a tales fines, se está promoviendo una pretensión preventiva del daño.

Los presupuestos de la acción u omisión del deber de prevención da lugar a este tipo de reclamos, son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo

anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

Nuestra intención en el presente trabajo es analizar si a través de la pretensión preventiva del daño se puede reclamar el cumplimiento de la “obligación legal autónoma” prevista en el seguro obligatorio de responsabilidad civil para la circulación de automotores, donde la víctima tiene la ventaja de no tener que alegar ningún factor de atribución del daño.

II. El seguro obligatorio y el voluntario de responsabilidad civil para la circulación de automotores

Los seguros obligatorios son aquellos cuya contratación se impone para desarrollar determinada actividad en concreto, sea en virtud del riesgo que esta conlleva, o por el fin social que la norma persigue, tal como ocurre

(*) Profesor de Derecho Procesal Civil, UCCuyo. Juez de la Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan.

con el seguro de responsabilidad civil para la circulación de automotores **(1) (2)**.

La ley 24.449 Nacional de Tránsito **(3)** establece en el art. 68 que todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo con las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no, como también que resultará obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rige para los automotores.

Se prevé en dicha norma legal que este seguro obligatorio será anual y podrá contratarse con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo.

También se instituyó que “... [l]os 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...”

Y este pago “inmediato” por el asegurador de los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, constituyen lo que se ha denominado “obligación legal autónoma”, cuya finalidad —según opinamos— es que no exista la necesidad de un reclamo judicial. Ello es así al no ser necesario una investigación ni pronunciamiento previo de

autoridad alguna respecto de quién fue el culpable del siniestro **(4) (5) (6) (7) (8)**.

La Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), mediante la res. 21.999 del 29/12/1992 **(9)**, fijó las condiciones del seguro obligatorio considerando que “... debe tenerse en cuenta la finalidad de protección de las víctimas de los accidentes de tránsito tanto como el costo de la cobertura de modo tal de permitir un fácil acceso de la comunidad a su contratación...”, y en la res. 22.058/1993, que no se habría publicado en Boletín Ofi-

(4) Así se ha aplicado la cobertura del Seguro Obligatorio Automotor en el Perú, en el que se utiliza el mismo término de “pago inmediato”, y donde conocida la ocurrencia del accidente de tránsito el propietario del vehículo, conductor, prestador del servicio de transporte terrestre o la Policía Nacional del Perú están obligados a comunicar a la compañía de seguros respectiva, la ocurrencia del accidente de tránsito, la que deberá actuar de inmediato haciéndose cargo de los gastos médicos o gastos de sepelio de la víctima. El pago es inmediato a las víctimas, sin ninguna investigación sobre la responsabilidad en el accidente. Ver en: <http://temavialaqp.blogspot.com.ar/2012/11/cobertura-del-soat-en-el-peru.html>.

(5) En Ecuador se indica que la cobertura a favor de terceros de su seguro de vehículo requiere la determinación de culpabilidad por parte de autoridad competente previo el pago de una indemnización, lo cual puede tomar un considerable tiempo, incluso años, que no disponen las víctimas para ser atendidas en los servicios de salud, y en el SOAT no. Ver en: <http://www.soatecuador.info/preguntas.html>.

(6) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., “Una rápida y oportuna indemnización a las víctimas de accidentes de tránsito”, MJ-DOC-436-AR | MJD6436.

(7) Según Stiglitz “... la expresión “autónoma”, está referida a la Ley de Seguros, pues dicha obligación de pago surge de un texto normativo distinto en su concepción a la Ley de Seguros...”. Ver a STIGLITZ, Rubén S., “Seguro automotor obligatorio. Estado de situación actual, el de antes, el de siempre”, LA LEY 2010-D, 959.

(8) MEILIJ, Gustavo R., “Características del seguro obligatorio de automotores”, LA LEY 2011-B, 1043. Este autor señala que “... La cobertura establecida en el referido art. 68 resulta compleja y conceptualmente difusa, pues opera tanto como un típico seguro de daños patrimoniales, como ampara según las características del seguro de accidentes personales; así, por ejemplo, el tratamiento otorgado a los gastos de sepelio y sanatoriales...”

(9) Cita online: AR/LEGI/4HNR.

(1) Cfr. Superintendencia de Seguros de la Nación. Disponible en: <http://www.ssn.gov.ar/Storage/ConceptosGral/conceptos.html>.

(2) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., “Responsabilidad civil y seguros con relación a la tutela de las víctimas de accidentes de tránsito”, LA LEY 2004-E, 1459.

(3) BO 10/02/1995. Cita online: AR/LEGI/29BP.

cial (10), se aprobó las condiciones generales contractuales uniformes a las que debían conformarse las entidades autorizadas para operar en el ramo.

Por circular 3809 del año 1998, se comunicó a las compañías de seguros que “debe considerarse que la res. 21.999 es reglamentaria del art. 68 de la ley 24.449”. Esta resolución es abrogada por el art. 3º de la res. 34.225/2009 de la SSN (BO 13/08/2009) (11).

Con relación a los gastos de sanatorio y de sepelio cuyo pago esté fehacientemente acreditado, la res. 21.999 estableció que “... 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”, lo cual justifica nuestra opinión sobre que el pago “inmediato” tiene como propósito que no exista la necesidad de un reclamo judicial en el que se discuta la culpa en la producción del siniestro.

Actualmente se encuentra vigente la res. 1162/2018 SSN, en la que se sustitúyese la Cláusula SO-RC 4.1 Póliza Básica del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, art. 68 de la ley 24.449 (cubriendo los riesgos de muerte, incapacidad, lesiones y obligación legal autónoma), obrante en el Anexo del punto 23.6, inc. a. 1) del Reglamento General de la Actividad Aseguradora [t.o. res. SSN 38.708 de fecha 6 de noviembre de 2014 (12), y sus modificatorias y complementarias], por la Cláusula SORC 5.1 obrante en el ANEXO I (IF-2018-55792582-APN-GTYN#SSN) (art. 1º), y se autoriza a las entidades aseguradoras, a partir del 1 de abril de 2019, a celebrar contratos de Seguro de Responsabilidad Civil - Seguro Voluntario para los Vehículos Automotores y/o Remolcados, con los límites obli-

gatorios, únicos y uniformes de cobertura por acontecimiento que se detallan en esta (art. 2º).

Ahora bien, el seguro “voluntario” de responsabilidad civil automotor cubre los reclamos que pueda recibir el asegurado por daños causados a terceras personas o sus bienes, ya sean producidos por él o por quien conduzca su automóvil.

Las condiciones de cobertura del seguro “voluntario” de responsabilidad civil nacida del uso de vehículos automotores, estaban aprobadas por res. 27.033/1999 (13), donde se establece que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro, por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo o por la carga que transporte en condiciones reglamentarias, por hechos acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos, y siempre dentro de los límites y sumas aseguradas en esta póliza; como que el asegurador asume esta obligación únicamente en favor del asegurado y del conductor, hasta las sumas máximas por persona (en los casos en que exista) y por acontecimiento establecidos en las condiciones particulares, en los conceptos que se detallan (Anexo I, cláusula 2).

Las diferencias son evidentes. En efecto, se debe advertir que en el seguro “obligatorio” debe tenerse en cuenta la finalidad de protección de las víctimas de los accidentes de tránsito y por ello 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. En el seguro “voluntario”, en cambio, el asegurador solo se obliga a mantener indemne al Asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el vehículo objeto del seguro, por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo o por la carga que transporte en condiciones reglamentarias, por hechos acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos.

(10) Así se informa en InfoLeg. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=156571>.

(11) Cita online: AR/LEGI/3Y49.

(12) Cita Online: AR/LEGI/82VR.

(13) Cita online: AR/LEGI/5G4B.

Los límites de cobertura son también muy distintos, pues para el seguro “voluntario” en res. 1162/2018 SSN, es de: A. pesos diez millones (\$10.000.000) para las siguientes categorías de vehículos: 1.1. automóviles y camionetas, 1.2. vehículos remolcados, 1.3. autos de alquiler sin chofer, 1.4. motovehículos y bicicletas con motor, y 1.5. casas rodantes; B. pesos veintidós millones (\$22.000.000) para las siguientes categorías de vehículos: 2.1. taxis y remises; 2.2. maquinarias rurales y viales; 2.3. camiones y semitracciones; 2.4. acoplados y semirremolques; 2.5. servicios de urgencias; 2.6. Fuerzas de Seguridad.

En cambio, para el seguro “obligatorio” se cubre la responsabilidad en que se incurra por el vehículo automotor objeto del Seguro, por los daños y con los límites que se indican a continuación: 1. muerte o incapacidad total y permanente por persona pesos un millón (\$1.000.000); 2. incapacidad parcial y permanente por la suma que resulte de aplicar el porcentaje de incapacidad padecida sobre el monto previsto para el caso de muerte o incapacidad total y permanente. Dicha incapacidad parcial y permanente se sujetará al Baremo que figura en el cuadro de la Cláusula 9, y 3. un límite por acontecimiento en caso de producirse pluralidad de reclamos igual al doble del previsto para el caso de muerte o incapacidad total y permanente. Además, Se cubre la Obligación Legal Autónoma por los siguientes conceptos: 1. gastos sanatoriales por persona hasta pesos cuarenta y cinco mil (\$45.000); 2. gastos de sepelios por persona hasta pesos veinticuatro mil (\$24.000). Se indica que los gastos sanatoriales y de sepelio serán abonados por la Aseguradora al tercero damnificado, a sus derechohabientes o al acreedor subrogante dentro del plazo máximo de cinco [5] 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. Los pagos que efectúe la aseguradora 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. El asegurador tendrá derecho a ejercer la subrogación contra quien resulte responsable. La cobertura de gastos sanatoriales comprende la totalidad de los reclamos que se efectúen ante la Asegu-

radora hasta el límite de pesos cuarenta y cinco mil (\$45.000) por persona damnificada.

Pero en Argentina, en general, el seguro “voluntario” incluye al seguro “obligatorio” establecido por la ley 24.449 de Tránsito, ya que por res. 36.100 (14) toda póliza de seguro de vehículos automotores y/o remolcados, deberá amparar la cobertura básica y obligatoria de “Responsabilidad Civil hacia Terceros Transportados y no Transportados”, que dispone la Ley de Tránsito y Seguridad Vial.

Ello que ha causado, a nuestro entender, el incumplimiento de la finalidad del seguro obligatorio de protección a las víctimas de los accidentes de tránsito con el pago inmediato de los gastos de sanatorio y velatorio, para evitar los reclamos judiciales y provocando —salvo excepciones, el efecto contrario de la judicialización de tales reclamos, con innumerables problemas interpretativos (15).

III. El fin social del seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor y la obligación legal autónoma

La Superintendencia de Seguros de la Nación, al referirse al seguro obligatorio, señala: “Son aquellos cuya contratación se impone para desarrollar determinada actividad en concreto, sea en virtud del riesgo que esta conlleva, o por el fin social que la norma persigue, tal como ocurre con el seguro de responsabilidad civil para la circulación de automotores” (16).

Por lo dicho precedentemente, el seguro obligatorio establecido en el art. 68 de la ley 24.449, contiene un fin netamente social al establecer el pago “inmediato” de los gastos de sanatorio o velatorio de terceros.

Ello lo diferencia, reiteramos, del seguro voluntario en el cual el asegurador solo se obliga a mantener indemne al asegurado y/o a la persona que con su autorización conduzca el ve-

(14) Cita online: AR/LEGI/6R34.

(15) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., “Una rápida y oportuna...”, ob. cit. CS, Fallos: 341:648; 340:765; 337:329; 330:3483.

(16) Ver en: <http://www.ssn.gov.ar/Storage/ConceptosGral/conceptos.html>.

hículo objeto del seguro, por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por ese vehículo o por la carga que transporte en condiciones reglamentarias, por hechos acaecidos en el plazo convenido, en razón de la responsabilidad civil que pueda resultar a cargo de ellos.

Pero se ha entendido que esa finalidad social del seguro de responsabilidad civil, que según la ley y la autoridad regulatoria es tanto proteger a las víctimas de los accidentes de tránsito como permitir un fácil acceso de la comunidad al seguro, no autoriza per se a los jueces a declarar inoponible el límite de la cobertura pactada entre aseguradora y asegurado (voto del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz, CS, Fallos: 340:765). Dicha finalidad social para nosotros solo se corresponde con el seguro "obligatorio".

IV. El derecho del consumidor, las víctimas de accidentes de tránsito y el seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor

Conforme lo también indicado por la SSN, es consumidor o usuario toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. Agrega que, en el caso del seguro, se consideran que pueden ser consumidores o usuarios con la consiguiente tutela particular que la ley acuerda, los siguientes: a) asegurados; b) asegurables; c) beneficiarios; y d) terceros o damnificados (17).

La CS (Fallos: 337:329) ha señalado con relación con la ley 26.361 (modificatoria de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor), que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (consid.

12). Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta lo informado por la SSN, no cabe duda alguna de que en el seguro obligatorio y con relación a la obligación legal autónoma, las víctimas (terceros o damnificados) deben ser consideradas como consumidores y usuarios con derecho a la tutela que la ley 24.240 les acuerda.

V. Las cláusulas de exclusión de cobertura y su oponibilidad a las víctimas de accidentes de tránsito

Según lo dispuesto en la res. 38.066 se limitan las exclusiones de cobertura invocables en el seguro obligatorio (cláusula 6), indicándose que el asegurador no indemnizará los siguientes siniestros: a) por hechos de guerra civil o internacional, guerrilla, rebelión, sedición o motín y terrorismo; b) por hechos de lock-out o tumulto popular, cuando el asegurado sea partícipe deliberado en ellos; c) los siniestros acaecidos en el lugar y en ocasión de producirse los acontecimientos enumerados en el inc. a) se presume que son consecuencia de estos, salvo prueba en contrario del asegurado; d) mientras sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente; e) por exceso de carga transportada, mal estiba o acondicionamiento de envase; f) por la carga, cuando esta sea notoriamente muy inflamable, explosiva y/o corrosiva, ni en la medida en que por acción de esa carga resultaren agravados los siniestros cubiertos; g) mientras esté remolcando a otro vehículo auto propulsado, salvo en el caso de ayuda ocasional y de emergencia; h) mientras tome parte en certámenes o entrenamientos de velocidad; e i) el asegurador no indemnizará los daños sufridos por: 1.1. el cónyuge y los parientes del asegurado o del conductor hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad (en el caso de sociedades los de los directivos); 1.2. las personas en relación de dependencia laboral con el asegurado o el conductor, en tanto el evento se produzca en oportunidad o con motivo del trabajo; y 1.3. los terceros transportados en exceso de la capacidad del vehículo, o en lugares no aptos para tal fin, o como pacientes en ambulancias.

Podemos afirmar, entonces, que el asegurador responde de todos los acontecimientos comprendidos dentro del riesgo asegurado, a

(17) Ver en: <http://www.ssn.gov.ar/Storage/ConceptosGral/conceptos.html>.

menos que el contrato excluye de manera precisa determinados hechos, pero siempre que en estas exclusiones no se desvirtúa el objeto del contrato.

Por ende, tales exclusiones de cobertura son aplicables a ciertos rubros amparados por el seguro obligatorio (muerte y lesiones) pero no en la “obligación legal autónoma”, pues de lo contrario se desvirtúa el fin social previsto en este seguro de contratación obligatoria.

VI. Conclusión

1. Si el seguro de contratación obligatoria fue pensado con la finalidad de protección de las víctimas de los accidentes de tránsito, tanto como el costo de la cobertura de modo tal de permitir un fácil acceso de la comunidad a su contratación, para poder dar solución económica y respaldo mínimo (obligación legal autónoma) más allá de cuál fue el conductor que tuvo la culpabilidad en la producción del siniestro, resulta imperioso regularlo correctamente para lograr un tratamiento adecuado a las controversias suscitadas como consecuencia de los accidentes de tránsito (18).

2. El fin social resulta evidente si se tiene en cuenta la obligación de pago inmediato de los gastos de sanatorio o velatorio, máxime cuando podría ser reclamado por la población más desfavorecida y vulnerable cuando son víctima

(18) STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, “Seguro Automotor Obligatorio”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 16 y ss. Estos prestigiosos autores señalan que no se tomó en consideración ningún precedente legislativo nacional ni extranjero, como que se hizo abstracción de la doctrina y jurisprudencia en temas claves. También indican que “... el sistema debe contener disposiciones que, respondiendo a directivas u orientaciones procesales, suministre resultados útiles y efectivos y contribuyan a que las causas sean más ágiles y económicas. Por ello, una seria regulación del seguro automotor obligatorio debe contener mínimamente, las siguientes directivas: a) Procurar la mayor economía procesal de gastos y esfuerzos, lo que importa el intento de eliminar del proceso su irrazonable prolongación, pues la tutela de un derecho comprometido, alcanzado tardíamente, deviene en inoperante...”

de accidentes de tránsito, sin necesidad de que previamente se determine el culpable en la producción del siniestro.

3. El desconocimiento de aspectos fundamentales del seguro obligatorio ha provocado tanto las condenas al pago de sumas superiores a las coberturas contratadas (19) (20) (21) como el incumplimiento de obligaciones impuestas por la ley (pago inmediato de la obligación legal autónoma) que fuerzan a reclamarlas judicialmente (22) (23).

4. Ante el incumplimiento del pago “inmediato” de los gastos de sanatorio y velatorio previstos en la “obligación legal autónoma” (antijuridicidad), a través de la pretensión preventiva del daño se podría reclamar a la aseguradora correspondiente (legitimada pasiva) su cumplimiento a través del proceso de conocimiento más abreviado pues la víctima (legitimada activa) puede invocar su calidad de consumidor, si se cumplen con los presupuestos para su procedencia.

5. Además, se podrán disponer de oficio o a pedido de parte medidas cautelares para conseguir antes —de manera provisoria— los efectos de hecho de esas mismas obligaciones.

(19) CCiv., Com. y Minería de San Juan, sala I, 21/11/2005, causa: “Quinsacara, Nicolás S.”, RCyS 2006, 776, Cita Online: AR/JUR/5518/2005.

(20) STJ Jujuy, 18/02/2008, “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el expte. Medida autosatisfactiva: Cruz, Teresa Barraza”, AR/JUR/4543/2008.

(21) CSJ Tucumán, sala Civil y Penal, 04/03/2005, causa: “López, Carlos H. y otra c. Mutual Rivadavia de Seguros del Autotransporte Público de Pasajeros”, LLNOA 2005(julio), 869, Cita Online: AR/JUR/1007/2005.

(22) CCiv. y Com. Común de Tucumán; 04/07/2013, causa: “Torres, Manuel Orlando c. Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. s/ amparo”, LLNOA 2013 (noviembre), 1179, Cita Online: AR/JUR/44797/2013.

(23) CCiv. y Com. San Pedro de Jujuy, sala IV; 18/08/2009, causa: “Chocobar, Vicente Alberto c. Agrosalta Cía. de Seguros Ltda. y Carrizo, Lino Julio”, LLNOA 2009 (diciembre), 1065, Cita Online: AR/JUR/31225/2009.

Thomson Reuters

FAMILIA Y SUCESIONES

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Juez competente frente a la alteración unilateral pero justificada del centro de vida del menor de edad

Santiago Cappagli (*)

Sumario: I. Cuestiones de competencia en materia de relaciones de familia.— II. El objeto de este trabajo.— III. Aproximación al concepto de centro de vida.— IV. Un caso que sirve de disparador.— V. Reflexiones finales.

I. Cuestiones de competencia en materia de relaciones de familia

Es jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CS”) que, en cuestiones de competencia vinculadas a los procesos de familia que involucran a personas menores de edad, una de las reglas fundamentales a tener en cuenta es la que hace prevalecer el centro de vida del niño para la determinación de la competencia (1).

(*) Abogado (UCA). Secretario de 1° Instancia del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 3. Jefe de Trabajos Prácticos de Sociedades Comerciales en la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) Conf. CS in re “M., A. M. c. V., C. D. s/ alimentos” del 16/06/2015 en “CS-Jurisdicción y competencia”, Buenos Aires, 2016, 1ª ed. especial, apart. 106, p. 35, entre otros, disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=jurycomp> último acceso el 19/02/2020. Ya en un primer abordaje de investigación, he advertido que, para reglar o definir cuestiones de competencia, se asigna prevalencia al centro de vida o residencia habitual del niño. En ese sentido, son innumerables los precedentes jurisprudenciales y doctrinales y son varios, incluso, los normativos (tales como el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25/10/1980 aprobado por la ley 23.857, la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, más allá —por supuesto— del propio régimen previsto en el art. 716, Cód. Civ. y Com. y al que, específicamente, aludiré en los párrafos que siguen).

Esa orientación fue seguida, en general, por los demás tribunales, siendo —de alguna manera— la respuesta que la práctica judicial fue perfilando para matizar las reglas de los códigos procesales, las que —según Herrera— “... inmoviliz[aron] la competencia judicial en muchos supuestos, por aplicación del principio *perpetuatio jurisdictionis*, determinando la competencia incidental por referencia al proceso principal u originario, independientemente de los cambios o mutaciones en la vida, residencia y domicilio de los interesados (...).

“Estas soluciones resultan francamente cuestionables en función de la aplicación de otros principios procesales centrales al Derecho Procesal Constitucional familiar como el principio de inmediación —que exige el contacto entre el juez y el niño sobre cuyos derechos se debate— y el de *favor minoris*, que marca propender a la solución más favorable a la tutela efectiva del niño/adolescente” (2).

Coherente con ese enfoque, y siguiendo el Proyecto de reforma del Código Civil del año

(2) Conf. HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo, L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. IV, p. 616.

1998, el Cód. Civ. y Com. incorporó el art. 716 (3) que tiende —según apunta calificada doctrina— a “... priorizar el principio de tutela judicial efectiva que suele exigir la intermediación y el contacto directo de los operadores de la justicia con los niños, de modo de garantizar que las medidas o decisiones que se adopten realmente sean contemplativas de su interés superior” (4).

Sobre esta temática, se ha dicho —antes de la sanción del Cód. Civ. y Com.— que “... la idea directriz que debe primar para la asignación del juez competente, cuando intervienen niños, es la situación fáctica jurídica de estos; el lugar donde residen de un modo estable; vale decir, donde viven efectivamente, salvaguardando así el principio de inmediatez” (5).

En palabras de Basset, “[l]a norma [art. 717, Cód. Civ. y Com.] rompe el principio de jurisdicción perpetua...” (6) al que aludí párrafos arriba, de modo tal que “... se desplazan (...) las remisiones procesales preexistentes y el estándar unificado, ahora, es el de ‘centro de vida’ del niño, niña, adolescente” (7).

Por mi parte, agrego que no paso por alto que el art. 716, Cód. Civ. y Com. es una norma eminentemente procesal y que mucho se ha escrito, en general, de la temática vinculada a cuando un código de fondo regula cuestiones procesales.

(3) Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes: En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

(4) BASSET, Úrsula (directora del tomo) en ALTERINI, Jorge, H. (dir. gral.) — ALTERINI, Ignacio, E. (coord.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. III, p. 1040.

(5) MIZRAHI, Mauricio, L., “El niño y las cuestiones de competencia”, apart. III, LLOnline: AR/DOC/4602/2012.

(6) BASSET, Úrsula (directora del tomo) en ALTERINI, Jorge, H. (dir. gral.) — ALTERINI, Ignacio, E. (coord.), Código Civil..., ob. cit., p. 1040.

(7) HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo, L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coord.), Código Civil..., ob. cit., p. 623.

A los efectos de estas líneas, solo me limitaré a señalar —siguiendo a Herrera— que lo que justifica que el legislador del Cód. Civ. y Com. haya incorporado esta norma de neto corte procesal obedece a que “[u]n Código signado por el respeto y la recepción de los principios de Derecho humanitario, que los ha acogido en el plano del derecho de fondo, no puede descuidar posteriormente la vía de eficaz acceso a la realización de esos derechos, esto es, la faz instrumental-procesal. Así se justifica la incursión/incorporación de principios de naturaleza procesal en el Código de fondo, con alcance nacional” (8).

II. El objeto de este trabajo

Pretendo analizar qué ocurre cuando, en el marco de un proceso de familia que involucra menores de edad, uno de los progenitores altera el centro de vida del menor de edad, pero con sustento en una causa que lo justifica.

En otras palabras, ¿qué límites tiene aquel criterio, que —como se verá— es generalmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia e, incluso, receptado en Convenciones internacionales, que predica que el principio de la residencia habitual o efectiva actual del niño, para atribuir la competencia, cede en los casos en los que deliberadamente, mediante vías de hecho, un progenitor procede a trasladar a su hijo a otra jurisdicción, de manera unilateral?

¿Acaso siempre que un progenitor altere el centro de vida, incluso de manera sorpresiva e inconsulta y sin el asentimiento del otro progenitor, no producirá efectos para la atribución de competencia?

III. Aproximación al concepto de centro de vida

Partiendo del escenario descripto en el apart. I, es indudable que —para la legislación de fondo vigente— el punto de conexión que corresponde ponderar a los fines de determinar la competencia, es el lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida (art. 717, Cód. Civ. y Com.).

(8) HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo, L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coord.), Código Civil..., ob. cit., p. 618.

Es decir, en función del lugar donde vive o el lugar de la residencia habitual del menor de edad, se determinará el juez competente para entender en el conflicto que lo involucre.

Conceptualmente, esta idea ya estaba incorporada al derecho argentino por la ley 26.061, entendiéndose por tal “el lugar donde los niños, niñas y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia” (9).

Recurro, como un modo de aproximarme al concepto de centro de vida, a la siguiente pauta que tomo de un precedente judicial: “[d]eberá estarse en cada caso a las características de la radicación espacial de los niños, niñas y adolescentes, como es el tiempo de permanencia, el arraigo, la estabilidad, la licitud del cambio, la edad de la persona, los vínculos y relaciones con su entorno de compañeros, amigos, familiares, etc. Incluso, tampoco hay que descartar los elementos que aporte la escucha de la persona menor de edad involucrada (art. 707, Cód. Civ. y Com.). Es un instituto de orden fáctico, cuya observancia permite acercar la verdad formal a la verdad real” (10).

Con esa orientación, Mizrahi sostiene, con cita de un precedente de la CS (11), que “... la residencia habitual o el centro de vida del niño —que son criterios equivalentes— se configura por la residencia principal o permanente de ese niño, ideas que suponen los conceptos de estabilidad y permanencia por hallarse allí el centro de gravedad de su vida y el núcleo de sus vínculos parentales y afectivos, sin que para tal determinación se dependa del domicilio real de sus padres o representantes legales” (12).

La CS ha resuelto que “... representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la in-

mediación...” (13) y, por su parte, Herrera destaca que se trata de “... una noción sociológica y no jurídica que, por ende, atiende a la situación real del niño (...) independizándose así de la noción rígida y más impersonal del domicilio...” (14).

En definitiva, el centro de vida “... debe computarse desde una perspectiva actual y no ligada a una experiencia pasada o histórica que ha perdido toda relevancia fáctica para el niño” (15).

IV. Un caso que sirve de disparador

IV.1. Formulada esta aproximación al concepto de centro de vida, a continuación —y tomando como guía un precedente judicial (16) que aborda la temática que propongo como objeto de este trabajo— intentaré dar respuesta al interrogante planteado en el apart. II.

Los hechos del caso son los siguientes: El demandante, padre de dos menores de edad, promovió una demanda dirigida a obtener una resolución judicial que le atribuya el cuidado personal de sus hijos. La demanda fue promovida en el juzgado de Villa Constitución, provincia de Santa Fe, que es la ciudad en la que “sus hijos vivieron toda la vida”.

Sin embargo, el 10/11/2016 el juez, de oficio, se declaró incompetente en razón del territorio con fundamento en el art. 716, Cód. Civ. y Com.

Para sostener su decisión, se apoyó en la siguiente circunstancia: Está probado que los niños vivieron, con sus progenitores, desde que nacieron (años 2004 y 2006) y hasta el

(13) Fallos 327:3987 citado por HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo, L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coord.), Código Civil..., ob. cit., p. 626.

(14) HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo, L. (dir.) — DE LORENZO, Miguel F. — LORENZETTI, Pablo (coord.), Código Civil..., ob. cit., p. 626.

(15) MIZRAHI, Mauricio, L., “El niño...”, ob. cit., apart. III.

(16) Juzgado de 1ª Instancia del Distrito Familia de Villa Constitución, provincia de Santa Fe, del 10/11/2016 in re “B. W. E. c. I. M. del C. s/ cuidado personal unilateral”. Me han informado que el fallo fue confirmado en segunda instancia, pero no he podido acceder a esa resolución.

(9) Inc. f. del art. 3º de la ley 26.061.

(10) C. 2ª Civil y Comercial de La Plata (sala II integrada) del 26/11/2015 in re “F. V. c. D. A. P. s/ alimentos, tenencia y régimen de visitas”, Cita Online: AR/JUR/63376/2015, disponible en <http://blogs.scba.gov.ar/camaracivil2laplata/files/2015/12/119077-PRENSA.pdf> último acceso 19/02/2020.

(11) Fallos 318:1269.

(12) MIZRAHI, Mauricio, L., “El niño...”, ob. cit., apart. III.

07/10/2016, en Villa Constitución. El 07/10/2016 su madre los trasladó a Tucumán de manera inconsulta, sorpresiva y sin el consentimiento del padre de los niños (el demandante). “El traslado a Tucumán fue decidido [por la madre de los niños y,] [e]stuvo motivado —según sus dichos— en situaciones de riesgo para la salud psicofísica de la niña (...) ocasionadas por su padre (concretamente, acusa al padre de haber abusado sexualmente de la hija)” (17).

IV.2. El juez no tenía la certeza de que el motivo que invocó la madre de los niños sea real ya que, en definitiva, se trató de una declaración unilateral y, al momento de adoptar esa decisión, no contaba con una investigación penal avanzada que pudiera arrojar, en mayor o menor medida, cierta certeza acerca de la existencia de la conducta que atribuye al padre (demandante) (18).

Hasta aquí, entonces, podría haber resultado aplicable aquel criterio al que referí —muy sucintamente— en el apart. II y que sostiene que las vías de hecho no pueden servir de fundamento para alterar la competencia. Es decir, que “la residencia habitual que se ha de considerar no ha de ser la creada ilícitamente por uno de los progenitores, sino la existente antes de producirse el traslado irregular” (19).

Con esa orientación se ha dicho —aludiendo concretamente a los principios que establece el art. 716, Cód. Civ. y Com.— que “... tales principios se tornan secundarios si el centro de vida de la persona menor de edad es modificado en forma ilícita por uno de los progenitores [pues, en tales circunstancias] la doctrina es conteste en que no es posible considerar el centro de vida al domicilio actual de la persona menor de edad, dado que fue creado ilegítimamente por

(17) Apart. 2.2. de la resolución.

(18) “... con los elementos obrantes en autos no es posible determinar con certeza si el traslado de los niños a Tucumán —dispuesto de manera unilateral por su madre— ha sido justificado o si, por el contrario, ha sido arbitrario. Ese análisis pertenece a otra etapa del proceso” (apart. 4 de la resolución).

(19) MIZRAHI, Mauricio, L., “El niño...”, ob. cit., apart. VI.

uno de los progenitores al modificarlo en forma unilateral y no consentida” (20).

Pese a la claridad de estos conceptos, lo cierto es que el juez optó —de todas maneras— por apartarse de este criterio y estimó adecuado que sea el juez de Tucumán quien entienda en el asunto, aunque los hijos del demandante apenas llevaban —al momento de adoptar la decisión— poco más de un mes en aquella provincia y habían vivido toda su vida en Villa Constitución.

IV.3. ¿Qué motivó al juez a no aplicar aquel criterio? Mejor dicho, ¿con fundamento en qué razón el juez se declaró incompetente?

El análisis que efectúa el juez parte de lo siguiente: La demanda está dirigida a obtener una resolución judicial que determine que la custodia o guarda de los niños, quede en cabeza del demandante; y, simultáneamente con la demanda, hay una petición de medida cautelar “... de atribución del cuidado personal unilateral de sus hijos. Es decir, el actor propone que los hijos vuelvan a esta ciudad a vivir con él” (21).

En ese escenario, el juez alude a las siguientes pruebas o indicios que surgen del expediente y, con base en los cuales, adopta esta decisión excepcional.

a) La madre de los hijos manifestó ante la Oficina de Violencia de Género del Poder Judicial de Tucumán que decidió abandonar Villa Constitución “para preservar a [su hija] del presunto abuso por parte de su padre”.

El juez analiza esta circunstancia del siguiente modo: “[e]ste no es un dato menor: si así fue, la madre creyó los dichos de su hija. Ello luce razonable porque, en materia de abuso, no debe manifestarse escepticismo frente al relato infantil [porque] es excepcional que las mentiras infantiles incluyan referencias sexuales...”

(20) CCiv. y Com. Paraná, sala I, del 23/11/2018, in re “V. J. E. c. F. N. A. s/ medida cautelar autosatisfactiva-resolución de hijo”, Cita online: AR/JUR/89278/2018.

(21) Apart. 7.

b) “Una vez en Tucumán se constituyó en la Oficina de Violencia Doméstica del Poder Judicial”.

El juez pondera, muy especialmente, este hecho porque “... revela una actitud consistente con sus dichos. Fue a Tucumán y, apenas llegó, buscó el asesoramiento del organismo competente...”.

c) “La Oficina de Violencia consideró estar ante una situación que calificó como de riesgo alto”.

Este dato, emitido por el organismo estatal específicamente abocado a tratar estas problemáticas y, consecuentemente, habituado a calificar el nivel de riesgo de la situación, también habrá sido ponderado por el juez (pues, aunque la resolución no lo dice, en el contexto del tema se sobreentiende que esto otorga más verosimilitud al relato de la madre).

d) La madre de los niños “... no tiene parientes en la ciudad [de Villa Constitución] ni referentes donde resguardarse ya que su familia reside en Tucumán, provincia de la cual ella es oriunda”.

Por último, el demandante “es de profesión policía y declaró ser propietario de varias armas de fuego [cuatro]” (22).

En el contexto descripto, el juez reflexiona y criteriosamente sostiene lo siguiente: “[e]l escenario de atisbo es el siguiente: de un lado, una mujer sola y lejos de su familia de origen, a la vez madre de dos hijos discapacitados cuya hija le cuenta que ha sido abusada por su padre; del otro, un hombre policía y fuertemente armado.

Desde esa perspectiva puede entenderse —todavía no sabemos, con certeza, si también justificarse— que [la madre] haya querido poner distancia entre ella y sus hijos e hizo una evaluación de lo que consideró una situación de riesgo; por eso, según afirmó, tomó la decisión de alejarse de esta ciudad y partir, con sus hijos, al domicilio de su familia de origen” (23).

(22) Apart. 9.2.

(23) Apart. 9.3.2.

IV.4. En ese escenario, el juez refiere que, si bien es cierto que el art. 716, Cód. Civ. y Com. determina que es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida, concepto que —analizado bajo las pautas a las que aludí en el apart. III— implicaría que él sea competente (y no el juez de Tucumán), lo cierto —también— es que, en palabras del juez, “... el art. 716, Cód. Civ. y Com. debe ser interpretado en función de los otros principios del proceso de familia; en el caso, adquiere particular relevancia el art. 706 que establece los de tutela judicial efectiva e inmediatez” (24).

El juez hace tema de estos dos conceptos.

En cuanto a la tutela judicial efectiva, alude que importa, “... en verdad, más que un principio procesal, [pues] estamos frente al derecho fundamental de acceso a la justicia, con reconocimiento en los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica” (25).

En lo atinente a la inmediatez, el juez cita precedentes de la CS que abordan específicamente la temática y que, sintéticamente y en sus palabras, “... importa asegurar que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos del proceso y las pruebas de la causa durante el trámite, a los fines de la mejor resolución del conflicto” (26).

En ese sentido, y para apoyar su postura, invoca un precedente de la CS que resolvió que “... corresponde al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los menores, conocer en las actuaciones, ya que la eficiencia de la actividad tutelar, torna aconsejable una mayor inmediatez del juez de la causa con la situación de estos” (27).

Con base en estos lineamientos, el juez armoniza la interpretación que, estima, corresponde darle al art. 716, Cód. Civ. y Com. de modo tal que “[e]l enfoque aquí propuesto, deviene co-

(24) Apart. 7.2.

(25) Apart. 7.2.1.

(26) Apart. 7.2.2.

(27) CS, Causa Competencia 1310.XLIII, “V. N. y G. F. N. s/ guarda con fines de adopción” citado en el apart. 8 de la resolución.

herente con la directiva del art. 706, Cód. Civ. y Com. que, entre los principios generales que deben gobernar los procesos de familia, consagra expresamente el respeto por el mejor interés del niño, la tutela judicial efectiva y la inmediatez” (28).

Coherente con ese enfoque, el juez afirma: “... considero que un juez de Tucumán estará en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales de estos niños, en procura de resguardar el principio de inmediatez y de un cuidado eficaz de aquellos derechos”.

V. Reflexiones finales

V.1. La norma contenida en el art. 716, Cód. Civ. y Com. y la jurisprudencia y doctrina elaborada en torno de su aplicación (incluso, por supuesto, anterior a la sanción del Cód. Civ. y Com.) tiende, en algún punto, a establecer cierta predictibilidad en cuanto al modo de determinar el juez competente.

Como en toda temática vinculada a la competencia territorial, ciertas prácticas patológicas han obligado a que los tribunales y la doctrina vayan fijando pautas de interpretación que aseguren que esas prácticas no sean premiadas con el resultado de obtener una alteración en el régimen “natural” de competencia.

V.2. En áreas tales como concursos y quiebras (29), consumidor y —por supuesto— relaciones de familia, el prisma con el que juez debe evaluar las cuestiones de competencia tiene una particularidad: excede los intereses meramente privados y son de orden público; más aún, por tratarse de derechos cuya tutela requieren una aproximación diversa, los jueces pueden declararse incompetentes de oficio (30), tal como sucedió en el caso que comento.

(28) Apart. 8, último párrafo de la resolución.

(29) Fallos 306:546 y 320:2007, entre otros.

(30) C. 2ª Civil y Comercial de La Plata (sala II integrada) del 26/11/2015 in re “F. V. c. D. A. P. s/ alimentos, tenencia y régimen de visitas”, Cita Online: AR/JUR/63376/2015, disponible en <http://blogs.scba.gov.ar/camaracivil2laplata/files/2015/12/119077-PRENSA.pdf> último acceso 19/02/2020, apart. III.

V.3. En cuanto al interrogante planteado como objeto del trabajo, creo atinado sugerir que, como regla general, los jueces no deben validar aquellas situaciones en las que la nueva residencia del niño ha sido “creada” por un progenitor por las vías de hecho, inconsulta y unilateralmente, sin la conformidad del otro.

Ello obedece a que, de otro modo, sería muy sencillo que una parte pudiera modificar el juez natural con solo recurrir a vías de hecho.

Sin embargo, creo que los jueces deben potenciar su prudencia (como virtud) y ser muy cautelosos al analizar situaciones fácticas como la tratada en el caso que usé de disparador, de modo tal de asegurarse de que el conflicto suscitado no prive a los niños afectados de la tutela judicial efectiva, priorizando los derechos y las garantías que asisten a estos.

V.4. Para ese cometido, y como referencia, puede resultar útil tomar aquellos criterios que han ido surgiendo de la jurisprudencia, para ir descartando o distinguiendo diversas situaciones que ameriten o no que un tribunal se aparte de la regla contenida en el art. 716, Cód. Civ. y Com.

Así, p. ej., se ha resuelto revocar una decisión adoptada en primera instancia que, de oficio, se declaró incompetente en razón del territorio en virtud de que los menores de edad involucrados en el proceso de familia, se han mudado de un barrio de la Capital Federal a un barrio del conurbano bonaerense (de Palermo a San Fernando). La Cámara de Apelaciones ponderó —específicamente— que la distancia no es significativa y, además, que aquella circunstancia no altera, *per se*, el centro de vida, dado que es habitual que personas que vivan en el conurbano tengan su centro de vida en la Capital Federal (colegio, amigos, club, médicos, actividades extracurriculares, otros familiares, etc.).

Y, vinculado específicamente a un caso en el que se alegó circunstancias similares a las invocadas en el caso que sirvió de disparador, el Tribunal señaló que “[l]a situación de violencia y necesidad denunciadas, más allá de la valoración que ha de efectuarse al momento de dictarse sentencia definitiva (...), no surge acreditada de tal forma que causa convicción en este es-

tado del proceso a los fines de decidir sobre la competencia” (31).

En el caso, el Tribunal ponderó que “... de los elementos probatorios (...) no se advierte una situación de riesgo y/o desprotección de la pequeña que justifique el traslado de su domicilio (...) No existen denuncias de violencia [aunque] sí puede advertirse una complicada relación entre los progenitores (...) pero ello no habilitan a un inconsulto y repentino cambio de domicilio de la pequeña (...) de allí que no pueda considerarse su actual domicilio como un centro de vida legítimo a los fines de determinar la competencia” (32).

Como se puede advertir, en el asunto recién citado no había, en palabras del propio Tribunal, “un elemento de peso que justifique mudar la radicación de la tramitación” (33), mientras que —en el que vengo comentado— sí y aque-

llas razones de peso han sido, en primer lugar, acreditadas de manera verosímil y, en segundo lugar, han sido debidamente valoradas por el juez (34).

V.5. En definitiva, partiendo de la premisa de que “... la actuación de los tribunales tiene que ser, en la realidad, un verdadero servicio de justicia y no el despliegue de una maquinaria de obstáculos contra los que vienen a peticionar derecho ante los magistrados” (35), creo que el norte está marcado por aplicar directivas de interpretación de los hechos sujetas a un elemental criterio de razonabilidad, sin que acontezcan distorsiones lamentables tal como expresamente ha resuelto la Cámara Nacional Civil en un asunto de versa acerca de esta temática (36).

(31) CCiv. y Com. Paraná, sala I del 23/02/2018, “V. J. E. c. F. N. A. s/ medida cautelar autosatisfactiva”, cita online: AR/JUR/89278/2018.

(32) CCiv. y Com. Paraná, sala I del 23/02/2018, “V. J. E. c. F. N. A. s/ medida cautelar autosatisfactiva”, Cita online: AR/JUR/89278/2018.

(33) CNCiv., sala B del 12/12/2016, “P. E. M. c. S. C. G. s/ alimentos: modificación”.

(34) Sobre el punto vale recordar la reflexión del juez de que es infrecuente que un niño haga alusión a sucesos sexuales y, además, toda la actividad y la coherencia y consistencia de la madre en practicar las denuncias pertinentes “apenas llegó a Tucumán”, todo lo cual da consistencia y verosimilitud al relato, al menos como para descartar *prima facie* que la mudanza a Tucumán haya sido una vía de hecho sin ninguna justificación.

(35) CNCiv., sala B del 12/12/2016, “P. E. M. c. S. C. G. s/ alimentos: modificación”.

(36) CNCiv., sala B del 02/08/2016, “V. C. M. s/ art. 152 ter” citado por el mismo tribunal “P. E. M. c. S. C. G. s/ alimentos: modificación” del 12/12/2016.

Thomson Reuters

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Thomson Reuters

COMPETENCIA DEL FUERO DE FAMILIA

División de condominio en uniones convivenciales. Cuestión principal, conexas o acceso referida al derecho de familia. Art. 827 del Cód. Proc. Civ. y Com. Disidencia.

Con nota de Romina A. Méndez

1. — No solo la naturaleza de la norma aplicable sino la índole del conflicto y la situación de vulnerabilidad que pueden presentar los individuos que los protagonizan hacen aconsejable que en la división del condominio planteada en el seno de una unión convivencial, aun cuando se apliquen las normas de derecho reales, sea de competencia del fuero de familia.
2. — Si bien la división de condominio en las uniones convivenciales no ha sido contemplada expresamente entre los supuestos enumerados en el art. 827 del Código Procesal Civil y Comercial, el último inciso de dicha norma, establece sabiamente la competencia de los Jueces de Familia en cualquier cuestión principal, conexas o accesorias referidas al Derecho de Familia.
3. — La distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia pertenece al Derecho de Familia, supuesto de competencia material que es indisponible para las partes y amerita la actuación oficiosa del órgano judicial (arts. 1, 3 y 4, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Tal es así que es una temática que ha sido contemplada expresamente por el art. 528 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y tiene una regla específica de competencia en el art. 718 del mismo código.
4. — El principio de especialidad (art. 706, inc. b, Cód. Civ. y Com. de la Nación), economía procesal, principios relativos a la prueba (art. 710 y 711, CCCN) y los demás principios generales establecidos en el art. 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, hacen aconsejable que tramiten ante el juez de familia tanto la división del condominio como el enriquecimiento sin causa, interposición de personas, o cualquier otra que pudiera corresponder para reclamar bienes adquiridos durante la unión mediante el esfuerzo común que están en el patrimonio del otro conviviente (art. 528, CCCN).
5. — Es conveniente que un mismo Juez/Jueza conozca de todos los asuntos conexos que tienen un mismo origen: la unión convivencial. La unidad de juzgamiento y centralización en un

mismo decisor de los conflictos que puedan suscitarse en relación con este tipo de modelo de familia garantiza un mayor marco de conocimiento desde el abordaje integral de los mismos para darles así respuestas más adecuadas (del voto del Dr. Hankovits).

6. — El tema de la división de condominio en uniones convivenciales no puede asimilarse a la liquidación de sociedad conyugal para aplicar analógicamente sus normas. Sería desnaturalizar ambas instituciones y menos aún para, una vez aplicada tal analogía, sustraer la cuestión de sus cauces procesales naturales pretendiendo que se trata de una liquidación del régimen matrimonial y no, como en el caso, de una pretensión de derechos sobre bienes entre convivientes que no han celebrado pacto alguno (del voto en disidencia del Dr. López Muro).
7. — La pretensión de la actora dirigida a concluir con el condominio de un inmueble y dos automóviles en base al art. 1987 Cód. Civ. y Comercial no es una cuestión principal, conexas o accesorias referidas al derecho de familia. Por lo que corresponde disponer que las presentes actuaciones sean remitidas al Juzgado interviniente del fuero Civil y Comercial (del voto en disidencia del Dr. López Muro).

C2aCiv. y Com., La Plata, sala I, 03/12/2019. - M. M. c. L. R. L. A. s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/57993/2019]

2ª Instancia. - La Plata, diciembre 3 de 2019.

1ª ¿Es justa la apelada sentencia de fs. 84/86? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *López Muro* dijo:

I. La juez *a quo* a fs. 84/86 rechazó el planteo de incompetencia formulado por el Sr. L. R. considerando que el objeto de la pretensión es el pago de la suma equivalente al 50% de los bienes adquiridos durante la convivencia (v. fs. 29/33), en tanto las uniones convivenciales son una forma de vida familiar regulada por el Código Civil y Comercial debe admitirse la intervención del fuero de familia con la finalidad de pacificar la vida familiar. Advertió que las directrices procesales que le son propias —inmediación, oralidad, entre otras— se aprecian beneficiosas para el debate de este tipo de derechos cuando entre las partes ha existido una familia (citando a Sala 2 de esta cámara, causa 122.281 de fecha 29/09/2019).

II. Contra esta forma de resolver interpuso recurso de apelación el demandado a fs. 91, que fue concedi-

do a fs. 92, fundado con la memoria de fs. 93/99 vta. y contestado a fs. 101/105 vta.

A) Pasando al tratamiento de los agravios, se queja el apelante en primer lugar argumentando que esta Sala en el marco de la sentencia de fecha 04/12/2018, dictada en el expediente sobre atribución de la vivienda, ha manifestado que la división de condominio de bienes propios es competencia del fuero civil y comercial, por lo que la cuestión a su entender ya fue decidida. Considera que la juez, viola la cosa juzgada. Agrega que en el juzgado civil y comercial N° 14 está tramitando la división de cosas comunes entre las partes, expte. N° 57.919, sobre la división de los mismos bienes que aquí pretende, con la única diferencia que allí él es actor y ella demandada, en el cual el juez se ha declarado competente, con la posibilidad de escándalo jurídico que conlleva.

Este agravio no ha de prosperar. La decisión de fs. 298 vta. del expte. 124.356 (sobre atribución de la vivienda familiar) no resuelve una cuestión de competencia, ni hace cosa juzgada sobre la excepción de incompetencia planteada en estos autos. Además se trató de un obiter dicta.

Allí esta Sala dijo “No debe confundirse —como parece hacerlo la demandada en su responde— los presupuestos de la presente pretensión (atribución de la vivienda al conviviente y canon locativo) con la pretensión de división del condominio de bienes propios (de competencia civil y comercial) que es una acción que nace entre comuneros. En este proceso para fijar un canon locativo hasta la efectiva división se requiere solamente que a) la ocupación del bien común por parte de uno de sus cotitulares excluya el posible ejercicio de igual derecho por otro, y b) que éste se hubiera opuesto a dicho uso y goce gratuito.”

En consecuencia, como se desprende de la lectura de lo allí expuesto, se trató en primer lugar de distinguir una materia propia del derecho de familia de aquella que, por tratarse de división de cosas comunes, no lo es. Por lo demás, el caso se mencionó con fines aclaratorios, y no como cuestión decisoria.

Por ello promoveré desestimar este fundamento del agravio.

B) Por otra parte se agravia la apelante por entender que la primera oportunidad en que la Sra. M. tenía para cuestionar la competencia en el expediente del juzgado civil y comercial N° 14 era la mediación previa obligatoria, y como no lo hizo consintió la competencia civil y comercial.

Al respecto señalo que la competencia en razón de la materia no es disponible por lo que la postura

asumida no decidiría el asunto, más allá que de todas formas la mediación previa obligatoria es extraprocesal, no es exigible oponer la incompetencia en dicha etapa. Debe ser opuesta en la primera oportunidad procesal —al momento de oponer excepciones o a la primera actuación cuando existieron actos procesales previos.

Cabe señalar que la mediación, tal como ha sido diseñada en nuestro ordenamiento procesal, es parte de la actividad que cae bajo la supervisión del juez de la causa. Sin embargo, a los fines que nos ocupa, no puede considerarse que la instancia conciliatoria de la mediación pueda significar la primera oportunidad “procesal” para formular excepciones. Conforme lo dispuesto por el art. 18 último párrafo de la Ley 13.951, en caso de que fracase la mediación, el reclamante quedará habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente, acompañando las constancias de esa mediación. Por su parte, el decreto que reglamenta dicha ley (Dec. 2530/2010) en su art. 5° dispone que al momento de formalizarse una pretensión en el formulario emitido, a esos efectos, por la Receptoría General de Expedientes, debe consignarse el juzgado que va a intervenir, quien deberá formar un legajo, con una copia de dicho formulario, y reservarlo hasta la oportunidad en que se presenten cualquiera de las actuaciones derivadas del procedimiento de mediación. A su vez, el art. 16 de la Ac. 3585/12 establece que si en la mediación no se arriba a ningún acuerdo y se decidiera instar la acción judicial, el interesado deberá presentarse en la Receptoría de Expedientes con el acta de finalización y el escrito de iniciación de la causa para remitirlas al Juzgado sorteado en oportunidad del inicio de la mediación.

De modo tal que, como lo ha dicho esta Sala “la mediación constituye —al igual que la Administración de Justicia— un servicio público, que se desarrolla en forma previa al juicio, aunque no evita la participación del Juez, ya que si bien el formulario debe ser presentado en la Receptoría de Expedientes, donde se sortea un mediador y la mediación se realiza en forma extrajudicial, en el mismo acto se sorteará el juzgado que eventualmente entenderá en la homologación del acuerdo. (Juba B258335 CC0201 LP 117807 rsd 219/14 S 21/10/2014 autos “Alberti, Andrés c. Alberti, Rosa y otros s/ división de condominio (en mediación).

En consecuencia no resulta exigible oponer la incompetencia en la etapa de mediación, en tanto que las excepciones deben ser opuestas en la primera oportunidad en que la parte sea citada al proceso (ya sea al momento de oponer excepciones (primeros diez días en el proceso ordinario), al contestar la demanda en el sumario o a la primera actuación cuando existieron actos procesales previos.

Por otra parte la competencia en razón de la materia no es disponible para las partes por lo que aún admitida por éstas, la intervención de un juez incompetente habrá de ser resistida de oficio ya por el órgano judicial de grado, ya por la Alzada a su turno.

En el caso que nos ocupa queda evidenciado que la postura asumida por las partes no decidiría el punto.

C.1. Por último funda su disenso en que la división del condominio es materia civil y comercial, está regulada en los arts. 1983 al 2036 Cód. Civ. y Comercial y la institución forma parte de los derechos reales y no de los derechos de familia, lo que no se altera por la circunstancia de que los bienes se hayan adquirido cuando los condóminos vivían juntos y no corresponde aplicar, ni analógicamente, las reglas del régimen matrimonial de los bienes. Aduna que se trata de una cuestión netamente patrimonial, que no afecta el orden público y que el juez civil tiene “expertisse” sobre esta temática.

A fin de tratar este agravio corresponde recordar que la juez de grado ha entendido que la pretensión ingresa en el inciso x del art. 827 Cód. Proc. Civ. y Comercial que comprende “cualquier otra cuestión principal, conexa o accesoria referida al derecho de familia”. A ello agrega que las uniones convivenciales son una forma de vida familiar regulada por el Cód. Civ. y Comercial y que el espíritu que guía la intervención del fuero es pacificar la vida familiar.

C. 2. La determinación de la competencia requiere partir del análisis del contenido de la pretensión deducida, desde un punto de vista objetivo y de la naturaleza de la relación jurídica sustancial esgrimida en base a los hechos expuestos en la demanda y de acuerdo con el encuadre normativo acordado a la pretensión por el actor (Palacio Lino E., “Derecho procesal civil”, T. II, p. 408)”. En el caso de derecho de familia, la competencia ha de considerarse “exclusiva” y por ello de aplicación restrictiva, encontrándose delimitada por la norma procesal citada (art. 827 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por el contrario, la competencia civil es residual e incluye todas las cuestiones no expresamente incluidas en ese listado.

Examinando los términos del debate observo que la actora a fs. 29 define su pretensión como “división de condominio... a fin de que se me conceda el 50% del valor de los bienes adquiridos durante la mencionada unión” y entiende que el derecho de fondo a aplicar es el derecho real de condominio y su posibilidad de dividirlo y funda su derecho en los art. 1983 Cód. Civ. y Comercial (condominio) y 1987 Cód. Civ. y Comercial (condominio sin indivisión forzosa). El objeto mediato de la pretensión se dirige a que se divida una vivienda construida sobre dos lotes en ca-

lle ... entre ... de Gonnet, y dos vehículos, un Peugeot 2017 y un Honda 2016. Ello incluye, además, el cuestionamiento de la propiedad del primero, en tanto la misma consta en cabeza del demandado.

Habida cuenta de que la Sra. M. no plantea la simulación de negocio jurídico alguno, debo concluir que pretende que se le reconozcan derechos sobre tales bienes. De allí concluyo que la relación jurídica sustancial esgrimida en base a los hechos expuestos en la demanda, y de acuerdo con el encuadre normativo acordado a la pretensión, ésta sería real o crediticia, pero no de familia.

No obsta a esta conclusión, claro está, la circunstancia de que en el escrito de demanda y su contestación se encuentren largas referencias a situaciones de carácter sentimental o se reclame el derecho a ser recompensado en razón de la convivencia. Ninguna de tales alegaciones o circunstancias tiene relevancia a fin de modificar, en uno u otro sentido, la relación jurídica sustancial y con ello el juez que habrá de intervenir en razón de la materia. Es que si la adquisición de una propiedad pudo haber sido realizada en cabeza de una persona, excluyendo a otra en razón del vínculo sentimental o de confianza existente, ello no modifica la relación jurídica y consecuentemente no cambia la competencia civil y comercial en razón de la materia en tratamiento.

C.3. El Código Civil y Comercial ha introducido normas que regulan la unión convivencial pero no se ha reformado el Código Procesal Civil y Comercial en el mismo sentido. Interpretando armónicamente ambos ordenamientos entiendo que la aplicación de la normativa sobre las uniones convivenciales es materia de familia y en consecuencia los conflictos emergentes de la aplicación de las normas del título 3 del libro segundo del Código Civil y Comercial deben tramitar ante ese fuero y por los procedimientos especiales de esa materia. Fuera de esas situaciones, es decir en caso de reclamos derivados de efectos civiles o comerciales de la convivencia, o las consecuencias previstas en el régimen laboral o en la seguridad social, deben dirimirse en los fueros respectivos.

C.4. El Código Civil y Comercial ha determinado que, salvo la existencia de pacto, el régimen de los bienes se regirá por las reglas del dominio o condominio, según el patrimonio al que hubieren ingresado, quedando a salvo los derechos de las partes para reclamar por enriquecimiento sin causa o bien por simulación (art. 528 Cód. Civ. y Comercial). El conviviente tiene derecho a participar en los bienes del otro solamente si se hubiere pactado al respecto (art. 514 inc. c y 518 Cód. Civ. y Comercial) en clara diferencia con el régimen matrimonial en el caso que se hubiere optado por el régimen de comunidad de bienes.

De allí que no se han previsto normas en materia de distribución de los bienes adquiridos por los convivientes durante la unión convivencial que, en su caso, deberían ser aplicadas por el fuero especializado en familia. El legislador decidió no crear un derecho a participar de los bienes del otro conviviente y dispuso la compensación económica (art. 524 Cód. Civ. y Comercial) y el derecho a que le sea atribuida la vivienda familiar (arts. 526 y 527 Cód. Civ. y Comercial). Ambas provisiones tienen características específicas que las distinguen claramente del derecho a participar en los bienes adquiridos.

Claramente señala el art. 528 Cód. Civ. y Comercial “Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”. De ello se debe concluir que en tales supuestos habrá pacto, y consecuente aplicación del régimen de las uniones convivenciales (arts. 513 a 517 Cód. Civ. y Comercial) o no lo habrá, en cuyo caso corresponde la aplicación del derecho real y las acciones personales nombradas siendo competencia de la justicia civil y comercial.

C.5. El tema no puede asimilarse a la liquidación de sociedad conyugal para aplicar analógicamente sus normas.

En esa línea, considero que la pretensión de la actora, en los términos en que fue elaborada, dirigida a concluir con el condominio de un inmueble y dos automóviles en base al art. 1987 Cód. Civ. y Comercial no es una “cuestión principal, conexas o accesorias referidas al derecho de familia” (inciso x art. 827 Cód. Proc. Civ. y Comercial). La pretensión de liquidación de la sociedad conyugal se dirige a determinar el carácter propio o ganancial de los bienes y los derechos y recompensas, para realizar una compensación de los valores (no de los bienes en sí). En sustancial diferencia con la división de condominio, la liquidación de la sociedad conyugal no supone necesariamente la alteración de la titularidad original sobre los bienes.

En conclusión señalo que no corresponde utilizar la figura de la liquidación de la sociedad conyugal en forma analógica para los casos de convivencia, pues sería desnaturalizar ambas instituciones y menos aún para, una vez aplicada tal analogía, sustraer la cuestión de sus cauces procesales naturales pretendiendo que se trata de una liquidación del régimen matrimonial y no, como en el caso, de una pretensión de derechos sobre bienes entre convivientes que no han celebrado pacto alguno. Cabe recordar que en el *sub lite* la propia M. reconoce que todos los bienes son de titularidad de L. R.

En ese sentido se ha dicho que “A la luz del programa por el que con autonomía discurre la existencia de cada persona (art. 19, CN) y ponderando el estado actual de las plurales modalidades culturales y sociales que ofrece la vida de relación, ciertos atributos normativos propios del régimen matrimonial (v.gr., art. 431 del nuevo Cód. Civ. y Comercial) no pueden ser mecánicamente aplicados, ni acaso ser utilizados como guía inexcusable de valoración, a otras uniones que no son el boceto ni el remedo de un matrimonio (SCBA LP B 62426 RSD-181-16 S 24/08/2016 Juez Soria (OP) Nikonczuk, Nadya c. Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Coadyuvante: Roudak de Flores, Sofía s/ Demanda contencioso administrativa)”.

De igual manera opino que las acciones por enriquecimiento sin causa, daños y perjuicios, simulación, liquidación de sociedad de hecho, u otras que pudieran corresponder, se rigen por la normativa de la materia civil y comercial y deben tramitar en ese fuero. Esa es la postura implícita de la SCBA en la causa C. 116.677, “A., M. Á. contra A., C. A. División de condominio”, s. 25/10/2017, en la que se discute la división de una sociedad de hecho y el condominio de varios bienes entre convivientes, aplicando el Código Civil y Comercial y la perspectiva de género, expediente que tramitó ante el fuero civil y comercial.

C.6. A mayor abundamiento he de decir que la mayor capacidad, idoneidad o “expertise” de un fuero frente al otro ni la circunstancia de que en alguno de ellos se aplique la técnica de la oralidad conforman elementos válidos para determinar la competencia, toda vez que el saber de los jueces, su capacidad o las técnicas procesales que utilizan no conforman reglas admisibles para modificar la competencia atribuida legalmente.

Tampoco puede admitirse la circunstancia de que las cuestiones que se ventilan estén cruzadas por relaciones de familia. El argumento es falaz. Conlleva a que cualquier proceso ya fuere de índole societaria, contractual, laboral, extracontractual, etc. debería tramitar en el fuero de familia si las partes del conflicto tuvieran algún vínculo paterno-filial, concubinario o matrimonial generándose situaciones de excepción en razón de circunstancias personales de las partes por encima de la materia a tratar, con expresa violación de disposiciones constitucionales sobre el debido proceso (art. 18 CN art. 15 Const. Pcia. BA).

Por todo lo expuesto asiste razón al apelante y propongo admitir su recurso y disponer que las presentes actuaciones sean remitidas al Juzgado interviniente del fuero Civil y Comercial.

Consecuentemente, voto por la negativa.

El doctor *Sosa Aubone* dijo:

1. Adhiero al voto del doctor López Muro, puntos I, II.A), B) y C.1). Disiento con lo expresado a partir del punto C.2), pues considero que no solo la naturaleza de la norma aplicable sino la índole del conflicto y la situación de vulnerabilidad que pueden presentar los individuos que los protagonizan hacen aconsejable que en la división del condominio planteada en el seno de una unión convivencial, aun cuando se apliquen las normas de derecho reales, sea de competencia del fuero de familia.

2. No se discute la existencia de una relación convivencial entre las partes, que es el piso se marcha que ha tenido en cuenta la juzgadora de la instancia de origen para asumir la competencia en estos actuados.

3. Tanto por los tratados internacionales que nos obligan a juzgar con perspectiva de género, tal como las Reglas de Brasilia (1, 2, 3, 18, 20, 33, 38, 40, 93 y 94); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 32, referente a la Protección a la Familia y 24, de Igualdad ante la Ley); Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (arts. 1, 2, 3, 4, 14, 15 y 16); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (arts. 1, 2 y 7), como lo normado por los arts. 16, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, arts. 509 a 528 y 718 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que regulan las uniones convivenciales; 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que establece los principios generales de los procesos de familia, entre los cuales se destaca el principio de especialidad; como lo normado por los arts. 1, 4, 6 y 827 inc. "x" del Cód. Proc. Civ. y Comercial; y por razones de economía procesal y unidad de juzgamiento; justifican que el presente proceso tramite ante el fuero de familia.

Además, las Reglas de Brasilia nos mandan a eliminar los obstáculos al acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, entre ellas las mujeres. Entre los obstáculos que se podrían encontrar las mujeres al acceso a la justicia, se encuentra la multiplicidad de fueros que intervienen en los casos que se genere o permita un tratamiento fragmentado y múltiple de la violencia (entre ellas la económica, art. 5 ley 26.485), la descontextualización del conflicto y la sobrecarga a la actora que tiene que declarar y probar las mismas cosas en varias oportunidades.

4. Sentado ello, cabe destacar que, producido el cese de la unión convivencial, pueden suscitarse una serie de conflictos derivados del deterioro de las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes y respecto de los hijos. Sin perjuicio de que en nuestra actual sociedad aún muchos hombres domi-

nan el aspecto económico de la relación, restringen el manejo del dinero y los bienes patrimoniales por parte de las mujeres, y de que el caso de autos pueda no encajar en dicho modelo, lo cierto es que la regulación por parte del Código Civil y Comercial de la Nación de las uniones convivenciales, se realiza en el Libro Segundo, correspondiente a las "Relaciones de Familia", Título III, (arts. 509 y ss.), lo que coloca la materia en el ámbito de las relaciones familiares, introduciendo un instituto totalmente novedoso que no existía en el derogado Código Civil, ni al momento de la regulación del art. 827 del Código Procesal, que es la norma que establece la competencia de los Jueces de Familia.

Si bien la cuestión planteada en autos no ha sido contemplada expresamente entre los supuestos enumerados en el precitado art. 827, el último inciso de dicha norma, establece sabiamente la competencia de los Jueces de Familia en cualquier cuestión principal, conexa o accesoria referida al Derecho de Familia.

En consecuencia, la enumeración que realiza el artículo mencionado no es cerrada ni taxativa.

Indudablemente, la distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia pertenece al Derecho de Familia, supuesto de competencia material que es indisponible para las partes y amerita la actuación oficiosa del órgano judicial (arts. 1, 3 y 4, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Tal es así que es una temática que ha sido contemplada expresamente por el art. 528 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y tiene una regla específica de competencia en el art. 718 del mismo código.

Cabe agregar, que tratándose del dictado de medidas provisionales relativas a las personas que estuvieron unidad de hecho, el art. 723 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece expresamente que son aplicables los arts. 721 y 723, en cuanto sea pertinente. Para ello, es el Juez de Familia quien deberá disponer medidas en relación a alimentos, atribución de la vivienda, alimentos provisionales, realización de inventario, fijación de una renta, entre otras.

Es claro que todas estas medidas, al igual que las que hacen a la división de los bienes generados durante la unión, se relacionan directamente con el conocimiento del patrimonio de ambos convivientes y los aportes que realizaban a la economía familiar (arts. 519, 520, 521 y 522, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y con los efectos del cese de la convivencia (arts. 524, 525, 526 y 528, Cód. Civ. y Com. de la Nación), situación que debe ser analizada y resuelta por el Juez de Familia.

El principio de especialidad (art. 706, inc. b, Cód. Civ. y Com. de la Nación), economía procesal (de las partes y de los jueces), principios relativos a la prueba (art. 710 y 711, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y los demás principios generales establecidos en el art. 706 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, hacen aconsejable que tramiten también ante el juez de familia - que como en este caso ya esta en conocimiento del patrimonio y los aportes de los convivientes por otros expedientes que tramitan ante él, como la atribución de la vivienda— tanto la división del condominio como las enriquecimiento sin causa, interposición de personas, o cualquier otra que pudiera corresponder para reclamar bienes adquirido durante la unión mediante el esfuerzo común que están en el patrimonio del otro convivientes (art. 528, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por todo lo expuesto considero que corresponde que el presente tramite ante el juzgado de familia. Asimismo que se remita para su acumulación el expediente que actualmente tramita entre las partes ante el juzgado civil y comercial N° 14 por división de condominio de la vivienda que fuera sede de la unión convivencial (arts. 827, inc. x, Cód. Proc. Civ. y Comercial; 3° Cód. Civil; 7 y 718 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

5. Finalmente, respecto de las costas, entiendo cabe atender el agravio del apelante e imponerlas en el orden causado. Ello así pues se trata de una cuestión novedosa, con casi inexistentes criterios jurisprudenciales, que lejos están de materializar una jurisprudencia consolidada. Es pues que corresponde imponer las costas de todas las instancias por su orden (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En consecuencia voto por la afirmativa.

El doctor *Hankovits* dijo:

Adhiero al voto —y fundamentos del mismo— del doctor *Sosa Aubone*.

A. Sin perjuicio de ello, he de señalar a mayor abundamiento que, como punto de partida, cabe referir que resulta competente la justicia de familia (art. 718 del Cód. Civ. y Comercial) para aquellos reclamos relacionados con los efectos jurídicos de las uniones convivenciales previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, tanto durante la convivencia como ante su cese.

Ahora bien, la disidencia en el presente caso se centra sí sólo aquélla lo es en las acciones que se encuentran expresamente previstas en el citado Título o también resulta competente ese fuero especial en las otras que no se hallan reguladas en dicho orde-

namiento sustancial pero que tienen causa-fuente en esta forma de organización familiar ahora legalmente tutelada.

Es dable manifestar que, se entiende por competencia “la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso” (Lino Enrique Palacio, *Derecho Procesal Civil*, Cuarta edición, Abeledo-Perrot, pp. 692) Es entonces, “la medida de la función judicial” (Ídem).

En ese orden, en la especie, se ha expresado, “cuando para el reclamo de un conviviente hacia el otro, se invoque una de estas figuras (sociedad de hecho, comunidad de bienes e intereses, etc.) la competencia por razón de la materia corresponderá al tribunal o juzgado de familia, conforme a que estas uniones convivenciales se hallan insertas en el Libro Segundo que contempla las “Relaciones de familia” en el Código Civil y Comercial Unificado de la Nación” (Claudio Belluscio, *Práctica de las uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*, Ed. García Alonso, 2016, p. 168).

“Es decir, a pesar de que algunas pretensiones sean cuestiones puramente patrimoniales y propias del derecho civil, considero que al haber (sic: haberse) generado en el seno de una familia e involucrado a todos sus integrantes, corresponden que tramiten ante el fuero de familia” (Marianela Calabrese Gilardo, *La competencia en razón de la materia de las acciones derivadas del cese de las uniones convivenciales: regla y supuestos especiales*, en ED del 04/09/2017).

Ello así, en mi criterio, desde que es conveniente que un mismo Juez/Jueza conozca de todos los asuntos conexos que tienen un mismo origen: la unión convivencial. La unidad de juzgamiento y centralización en un mismo decisor de los conflictos que puedan suscitarse en relación con este tipo de modelo de familia garantiza un mayor marco de conocimiento desde el abordaje integral de los mismos para darles así respuestas más adecuadas.

Asimismo, la circunstancia que se tramite el presente caso ante el fuero especializado de familia conlleva que le sean aplicables, en lo pertinente, las disposiciones procesales diagramadas para esta clase de tutela diferenciada, como los principios de tutela efectiva, intermediación, oralidad; libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. Ello más allá que, en mi consideración, la ley 26.485 debe ser aplicada por todo órgano judicial, cualquiera sea el fuero y tipo de proceso, en la medida que se adviertan satisfechos los presupuestos de su procedencia.

Más, quedarían fuera de ese ámbito de juzgamiento especializado las pretensiones que, como legitimado activo unos de los convivientes como tal dirija contra terceros, como la responsabilidad civil, un juicio laboral o previsional. Ello a tenor que no son procesos de los convivientes entre sí. También, y en el mismo sentido, todas aquellas controversias judiciales que fueran atrapadas por el fuero de atracción, por el desplazamiento de la competencia que el mismo conlleva.

B. Otros de los aspectos a tener en consideración es si es requisito que la unión convivencial se encuentre inscrita para que entienda el juez/jueza de familia. Y la respuesta negativa se impone dado que la inscripción sólo está prevista para los efectos probatorios mas no para los otros efectos jurídicos que contempla la nueva legislación civil, salvo en lo relativo a lo protección de la vivienda familiar derechos y bienes de la misma conforme el artículo 522 del Cód. Civ. y Comercial (conf. Claudio Belluscio, *Uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*, Ed. García Alonso, 2015, pp. 50).

C. Atento lo expuesto por el excepcionante a fs. 52 vinculado a que la pretensión esgrimida en autos no se encuentra taxativamente prevista en el artículo 827 del Cód. Proc. Civ. y Comercial - con cita de fallos de la Suprema Corte en su respaldo— se dirá, en primer término, que los mismos son anteriores a la actual regulación de la unión convivencial en el CCC como otro modelo de familia merecedor de tutela legal; y en segundo lugar, que desde esa perspectiva, hay que re-

leer —en un contexto de dialogo de fuentes (art. 2 del Cód. Civ. y Comercial)— el artículo 827 Cód. Proc. Civ. y Comercial y desde allí por su inciso x) admitir la presente pretensión sea tramitada ante el juez de familia. Esto es, compatibilizar armónicamente el art. 718 del digesto sustancial con el art. 827 del régimen adjetivo local. Ello sin perjuicio de cuáles sean las normas de fondo que sean operativas para la liquidación patrimonial de los bienes de los convivientes.

Con el alcance indicado, voto por la Afirmativa.

2ª cuestión. — El doctor *López Muro* dijo:

Atendiendo al acuerdo logrado, por mayoría, corresponde y así lo propongo, confirmar la apelada resolución de fs. 84/86, en lo que ha sido materia de recurso y agravios. Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por su orden (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Sosa Aubone* y *Hankovits*, dijeron que por idénticos motivos votaban en igual sentido que el doctor *López Muro*.

Por ello y demás fundamentos expuestos, por mayoría, se confirma la apelada resolución de fs. 84/86, en lo que ha sido materia de recurso y agravios. Costas de ambas instancias por su orden. Reg. Not. y dev. — *Jaime O. López Muro* (en disidencia). — *Ricardo D. Sosa Aubone*. — *Francisco A. Hankovits*.

La competencia para entender en las acciones derivadas de la unión convivencial

Romina A. Méndez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos.— III. Decisión y argumentos.— IV. Contexto normativo.— V. La competencia respecto a las uniones convivenciales conforme la jurisprudencia.— VI. La valoración del caso.— VII. Conclusión.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto dilucidar si en los procesos sobre distribución de bienes derivados de la unión convivencial resultan competentes los juzgados civiles y comerciales o los juzgados civiles con competencia exclusiva en materia de familia, permitiéndonos analizar los postulados doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema.

La temática propuesta es de gran interés por su relación con los derechos fundamentales que se encuentran en interacción a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), que incorporó el régimen de las uniones convivenciales (comúnmente conocidas como uniones de hecho, concubinato, matrimonio aparente, unión libre, unión extramatrimonial, parejas convivientes, convivencias estables de pareja y familia de hecho, entre otras denominaciones) en el Libro Segundo, tít. III (arts. 509 a 528).

Para su abordaje, la obra se divide en cinco capítulos: mientras que en el cap. I se realiza una aproximación al tema a estudiar y el objetivo del trabajo, en los títs. II y III se analizan los hechos del caso y los argumentos esgrimidos en el fallo

anotado. Seguidamente, en el cap. IV, se estudia la temática a partir de conceptos preliminares respecto a la unión convivencial, reglas de la competencia en general y la competencia de las acciones derivadas de la unión convivencial en particular.

En el cap. V se realiza un breve comentario de los precedentes jurisprudenciales relativos al tema propuesto para este comentario mientras que el cap. VI se efectúa una valoración del caso a la luz de los preceptos estudiados en los apartados anteriores.

Finalmente, en el último capítulo se comparte una breve conclusión acerca de la conveniencia de que las acciones derivadas de la unión convivencial sean abordadas por los juzgados de familia, teniendo en consideración los principios que rigen la materia en el ámbito nacional e internacional, sobre todo poniendo el foco de atención en la necesidad de que los/las magistrados/as cuenten con la especialidad en la materia.

II. Hechos

En el expediente caratulado “M. M. c. L. R. L. A. s/ materia a categorizar” (causa: 126088), la juez de primera instancia del Juzgado de Familia N.º 3 de la ciudad de La Plata, rechaza el planteo de incompetencia que realiza el Sr. L. R. considerando que el objeto de la pretensión —pago de la suma equivalente al 50% de los bienes adquiridos durante la convivencia (una vivienda construida y dos vehículo)— debe tramitar ante

(*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia y en Derecho Procesal Civil (UBA). Docente en la materia Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho, UBA. Docente en la materia Civil V, Facultad de Derecho, Universidad del Salvador. Se desempeña en el Juzgado Civil N.º 25 con competencia exclusiva en cuestiones de familia.

el fuero de familia en tanto las uniones convivenciales son una forma de vida familiar regulada por el Cód. Civ. y Com. Para así decidir señaló que las directrices procesales que le son propias —inmediación, oralidad, entre otras— se aprecian beneficiosas para el debate de este tipo de derechos cuando entre las partes ha existido una familia. A ello agrega que el espíritu que guía la intervención del fuero es pacificar la vida familiar.

Contra dicha resolución, el Sr. L. R. interpone recurso de apelación fundando sus agravios, en primer lugar, en que ante el Juzgado Civil y Comercial N.º 14 está tramitando la división de cosas comunes entre las partes, sobre la división de los mismos bienes que pretende distribuir la actora, con la única diferencia que allí él es actor y ella demandada. En segundo lugar, el apelante entiende que la división del condominio es materia civil y comercial, y que está regulada en los arts. 1983 al 2036, Cód. Civ. y Com. cuya institución forma parte de los derechos reales y no de los derechos de familia. En este sentido, sostiene que se trata de una cuestión netamente patrimonial materia que no corresponde debatir ante el juzgado de familia aun cuando las partes hayan sido convivientes.

III. Decisión y argumentos

La sala 1ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial N.º 2 de la ciudad de La Plata, integrada por los doctores Jaime Oscar López Muro, Ricardo Daniel Sosa Aubone y el señor presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, con fecha 3 de diciembre de 2019 resuelve, por mayoría, confirmar la resolución apelada.

Entre sus argumentos, el Tribunal consideró: “El Cód. Civ. y Com. ha introducido normas que regulan la unión convivencial pero no se ha reformado el Cód. Proc. Civ. y Com. en el mismo sentido. Interpretando armónicamente ambos ordenamientos entiendo que la aplicación de la normativa sobre las uniones convivenciales es materia de familia y en consecuencia los conflictos emergentes de la aplicación de las normas del tít. 3 del libro segundo del Cód. Civ. y Com. deben tramitar ante ese fuero y por los procedimientos especiales de esa materia”.

En efecto, indica: “la distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia pertenece al Derecho de Familia, supuesto de competencia material que es indisponible para las partes y amerita la actuación oficiosa del órgano judicial (arts. 1º, 3º y 4º, Cód. Proc. Civ. y Com.). Tal es así que es una temática que ha sido contemplada expresamente por el art. 528 del Cód. Civ. y Com., y tiene una regla específica de competencia en el art. 718 del mismo código”.

Por otro lado, señaló: “El principio de especialidad (art. 706, inc. b, Cód. Civ. y Com.), economía procesal (de las partes y de los jueces), principios relativos a la prueba (arts. 710 y 711, Cód. Civ. y Com.) y los demás principios generales establecidos en el art. 706 del Cód. Civ. y Com., hacen aconsejable que tramiten, también ante el juez de familia —que como en este caso ya está en conocimiento del patrimonio y los aportes de los convivientes por otros expedientes que tramitan ante él, como la atribución de la vivienda— tanto la división del condominio como las enriquecimiento sin causa, interposición de personas, o cualquier otra que pudiera corresponder para reclamar bienes adquirido durante la unión mediante el esfuerzo común que están en el patrimonio del otro convivientes”.

Por último, se destacó: “es conveniente que un mismo juez/jueza conozca de todos los asuntos conexos que tienen un mismo origen: la unión convivencial. La unidad de juzgamiento y centralización en un mismo decisor de los conflictos que puedan suscitarse en relación con este tipo de modelo de familia garantiza un mayor marco de conocimiento desde el abordaje integral de los mismos para darles así respuestas más adecuadas (...) la circunstancia que se tramite el presente caso ante el fuero especializado de familia conlleva que le sean aplicables, en lo pertinente, las disposiciones procesales diagramadas para esta clase de tutela diferenciada, como los principios de tutela efectiva, inmediación, oralidad; libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. Ello más allá que, en mi consideración, la ley 26.485 debe ser aplicada por todo órgano judicial, cualquiera sea el fuero y tipo de proceso, en la medida que se adviertan satisfechos los presupuestos de su procedencia”.

IV. Contexto normativo

IV.1. Generalidades sobre la unión convivencial

El Cód. Civ. y Com. incorpora el régimen de las uniones convivenciales en el Libro Segundo tít. III (arts. 509 a 528), y las define como la unión entre dos personas basada en relaciones afectivas —independientemente del sexo de cada uno de los integrantes que conviven— que comparten un proyecto de vida en común, con características de estabilidad, singularidad, notoriedad, permanencia y publicidad (art. 509).

La particular denominación que escogió el Cód. Civ. y Com. para referirse a este tipo de modelo familiar “unión convivencial” tiene su origen en los Fundamentos del Proyecto, del que surge con claridad que se dejó atrás el término “concubinato” por la carga negativa que representaba para nuestra sociedad, explicándose: “En la Argentina, la palabra ‘concubinato’ receptada en el Código Civil vigente, tiene sentido peyorativo. El Anteproyecto pretende no solo nombrar las instituciones con precisión técnica, sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna. La conciencia social ha pasado de una consideración negativa a reconocer que las personas que no se casan forman parte del amplio espectro de formas de vivir en familia”.

En suma, se configura una unión convivencial cuando dos personas deciden compartir sus vidas, con base en la convivencia, la relación afectiva y un proyecto de vida en común.

Relativo al contexto normativo del comentario al fallo que nos ocupa, conviene precisar que, por el principio de autonomía de la voluntad, al momento del cese de la unión convivencial, la distribución de los bienes se regirá conforme lo estipulado por los convivientes en el pacto de convivencia en atención a lo establecido por el art. 514, inc. c que permite regular la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura.

A falta de pacto, supuesto que ocurre en el caso, el art. 528 establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Es decir, cada

conviviente tiene la propiedad exclusiva de los bienes cuya titularidad se encuentre a su nombre. De modo tal, que la unión convivencial no incide en la propiedad de los bienes de los integrantes de la unión, pues cada conviviente conserva la propiedad de los bienes adquiridos antes de la unión convivencial, como así también de los adquiridos con posterioridad. De esta forma, el conviviente que no es titular del bien no tiene derecho alguno sobre el bien o los bienes del otro.

No obstante, pueden darse situaciones que merezcan la aplicación de los principios generales del derecho civil. Como ejemplos de estos principios, el art. 528 menciona el enriquecimiento sin causa y la interposición de persona (arts. 1794 y ss.) dejando abierta la puerta a otros supuestos como la demostración de fraude, simulación (arts. 333 y ss.), abuso de derecho (art. 10), etcétera.

A modo ilustrativo, uno de los convivientes puede peticionar al cese de la unión convivencial, que se le reconozcan derechos sobre los bienes del otro conviviente adquiridos durante la convivencia si en dichos bienes se realizaron mejoras con dinero del conviviente no titular o de ambos o si se realizaron aportes de ambos convivientes para la adquisición de un bien que se registró exclusivamente a nombre del otro integrante de la unión. Se observa que el espíritu de la norma es en torno al desequilibrio económico de uno de los convivientes con relación a la posición del otro que se enriqueció a expensas del conviviente no titular, debiendo resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido (1).

(1) Para ampliar sobre el tema, ver entre otros, MORENO DE UGARTE, Graciela M. — PÉREZ HORTAL, María E., “Distribución de bienes al cese de la unión convivencial por motivos distintos de la muerte de uno de los convivientes”. Publicado en: RDF 93, 129 Cita Online: AR/DOC/271/2020, ORLANDI, Olga E., “Los efectos de las uniones convivenciales ante el cese por muerte”, RDF 93, 110, AR/DOC/270/2020, AZPIRI, Jorge O., 2015, “Incidencias del Código Civil y Comercial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.; CASTRO, Verónica A., 2013, “Uniones convivenciales”, DFyP 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 33. AR/DOC/6226/2012. DE LA TORRE, Natalia, 2014, “La unión convivencial en el Nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, AR/DOC/4372/2014, LLOVERAS, Nora, “Uniones conviven-

IV.2. Reglas sobre competencia

La competencia puede definirse como la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso (2).

Enseña Lino Palacio (3) que la competencia puede clasificarse conforme tres criterios: el *territorial*, el *objetivo* y el *funcional*.

La atribución de la competencia *territorial* contempla fundamentalmente la proximidad del órgano judicial con el lugar en que se halla ubicado alguno de los elementos de la pretensión o petición que constituye el objeto del proceso.

El criterio *objetivo* atiende a la naturaleza y al monto de las causas, y a él corresponden, respectivamente, la competencia por razón de la materia y del valor.

La competencia *funcional* o por el grado supone la división del proceso en diversas instancias, en cada una de las cuales el conocimiento del asunto se encuentra encomendado a distintos jueces. El ordenamiento procesal nacional en materia civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo se encuentra estructurado sobre el sistema de doble instancia. No obstante,

ciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 99. AR/DOC/4365/2014, KOWALENKO, Andrea S. — MENTA, Marcela A., “Aspectos procesales de las uniones convivenciales. Competencia y medidas provisionales relativas a las personas y a los bienes”, RDF 92, 93, R/DOC/3150/2019, LLOVERAS, Nora, “Las uniones convivenciales. Regulación en el Código Civil y Comercial y su impacto en el ordenamiento jurídico”, RDF: 87, 447, AR/DOC/3523/2018, PELLEGRINI, María Victoria, “La distribución de las adquisiciones patrimoniales frente al cese de las uniones convivenciales en vida o ante la muerte” RDF: 84, 155, AR/DOC/2994/2018, MEDINA, Graciela, “Pactos en previsión de la ruptura y compensación económica”, DFyP 2017 (diciembre), 3, AR/DOC/2999/2017.

(2) PALACIO, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, 17ª ed., p. 192.

(3) PALACIO, Lino E., “Manual de Derecho Procesal Civil”, ob. cit., ps. 191-208.

ello no ocurre con las sentencias dictadas por jueces federales o nacionales en lo civil y en lo comercial cuyo monto no exceda la cantidad de dinero prevista en el art. 242, Cód. Proc. Civ. y Com. (4).

Sin perjuicio de lo expuesto, las reglas en materia de competencia pueden sufrir excepciones. Entre ellas nos encontramos con el denominado fuero de atracción, que se configura cuando la conveniencia práctica y el interés general de la justicia, aconsejan que sea un solo juez quien entienda en ciertas cuestiones vinculadas a un mismo grupo familiar o a los bienes que han de ser recaudados, liquidados y transmitidos bajo la dirección del magistrado. En cuya virtud el/la juez/a que conoce en un proceso universal (sucesión o quiebra), es competente para entender en las pretensiones relacionadas con el patrimonio o los derechos sobre los que versa dicho proceso (5).

Efectivamente, el art. 2336 del Cód. Civ. y Com. establece distintos supuestos en los que el proceso sucesorio ejerce el fuero de atracción: “La competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección 9ª, cap. 3, tít. IV del Libro Sexto. El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición. Si el causante deja solo un heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o

(4) Conforme Acordada (CS) 43/2018 se actualizó el monto fijado en el segundo párrafo del art. 242 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, estableciéndose en el importe de \$150.000, aplicable para las demandas o convenciones que se presenten a partir del 1º de enero de 2019.

(5) MÉNDEZ — SASSO, “La competencia para entender las acciones de daños en la violencia familiar”, Revista de Derecho de Daños, 2019-2. Daños en el Derecho de Familia — I, Ed. Rubinzal-Culzoni.

ante el que corresponde al domicilio del heredero único" (6).

Por otra parte, la competencia se determina con arreglo a las normas vigentes en oportunidad de iniciarse el proceso, y atendiendo, asimismo, al estado de cosas existente en dicha oportunidad. En consecuencia, debe prescindirse tanto de las normas vigentes en el momento de constituirse la relación jurídica sobre la que versa el proceso o de producirse los hechos que configuran la causa de la pretensión, como de los hechos sobrevinientes al momento de interponerse la demanda. Debe estarse, por otro lado, a los elementos integrantes de la pretensión y no al contenido de las defensas deducidas por el demandado, ya que estas no alteran el objeto del proceso y solo inciden en la delimitación de las cuestiones litigiosas. De allí que la ley 22.434, receptando la doctrina de reiterada jurisprudencia, incorporó, como párrafo final del art. 5º del Cód. Proc. Civ. y Com., el siguiente: "La competencia se determina por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado".

IV.3. Competencia en las uniones convivenciales

Tras un análisis detenido del fallo, se considera adecuado señalar que el Cód. Civ. y Com. establece reglas respecto a los "Procesos de familia", conforme se observa en el Libro Segundo,

(6) Acerca del tema, a nivel jurisprudencial se ha dicho, entre otros fallos: "Iniciado el proceso sucesorio del demandado en un juicio ejecutivo, corresponde remitir las actuaciones al juez del proceso universal, aun cuando exista sentencia de remate firme y remanente sin percibir, pues ello no obsta al fuero de atracción de la sucesión (arts. 3284, inc. 4º, Cód. Civil; 2336, Cód. Civ. y Com.)". CNCom., sala B, 29/04/2016, "Álvarez, Encarnación c. Aromando, Roberto s/ ejecutivo", RCCyC 2016 (julio), 99 AR/JUR/24917/2016. "La pretensión de los herederos del causante de que entienda el juez del sucesorio en la causa en la que impugnan un reconocimiento filial extramatrimonial realizado por aquel es procedente, pues el texto del art. 2336 del Cód. Civ. y Com. no amerita una solución diversa y es una norma procesal de inmediata aplicación a los procesos en trámite". CCiv. y Com. Morón, sala II, 22/09/2015, "Falieres, Lucía E. y otros c. A., M. A. s/ materia a categorizar", LLBA 2015 (noviembre), 1109 AR/JUR/31258/2015.

tít. VIII, entre los arts. 705 y 723 del citado instrumento. En ese marco jurídico, el art. 705 expresa que las disposiciones de este título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos. Dicho esto, se advierte que frente a la contradicción que pudiera darse entre normas de forma y de fondo, parece razonable la aplicación inmediata de las reglas sobre los procesos de familia que establece el Cód. Civ. y Com., por un lado, por la supremacía de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tratan sobre los principios aludidos en el tít. VIII, "Procesos de familia", del Libro II, "Relaciones de familia", y por el otro, por la premisa que el derecho de fondo prevalece sobre el de forma.

Seguidamente el art. 706 dispone: "El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, deben tener en cuenta el interés superior de esas personas".

Véase en este punto que el enunciado del art. 706 del Cód. Civ. y Com. analizado a la luz de los postulados constitucionales mencionados anteriormente alcanza la garantía al acceso a la justicia, destinada a reunir la actividad procesal en la menor cantidad de actos procesales posibles y celeridad procesal, con la finalidad de concretar los derechos subjetivos de las personas que se encuentran involucradas en una problemática familiar mediante los medios ejecutorios eficaces, atendiendo la figura del debido proceso y el activismo judicial (7).

(7) AÓN, Lucas — MÉNDEZ, Romina, "Aspectos procesales del divorcio", Revista de Ediciones Jurídicas, 4, Diego Oscar Ortiz (dir.), Buenos Aires, diciembre de 2016, publicado en diciembre de 2016 www.edicionesjuridicas.com.ar Id SAIJ: DACF160651.

Sentado ello, e ingresando en el fondo de la cuestión, es importante recordar que los conflictos familiares deben ser abordados por tribunales con competencia exclusiva y excluyente en derecho de familia, atribuida por el art. 4º, inc. f, de la ley 23.637 referida a aquellos supuestos expresamente contemplados por la norma, a diferencia de las cuestiones de contenido netamente patrimonial —con las excepciones que se detallaran— que los juzgados civiles deben conocer, conforme lo establecido por el art. 43 del dec.-ley 1285/1958 texto según ley 24.290. En este sentido, entendemos que quedan exceptuadas las cuestiones patrimoniales que, por fuero de atracción, principio de prevención o por razones de interés y eficacia resulte conveniente que sean analizadas por un/una mismo/a juez/a (8).

En el mismo sendero, el art. 718 del Cód. Civ. y Com. se ocupa de determinar la competencia en los conflictos derivados de las uniones convivenciales, al disponer que es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor. A lo expuesto, corresponde agregar que las cuestiones conexas concernientes a los derechos y deberes aquellos que no involucren aspectos relativos a niños, niñas y adolescentes (conf. art. 716, centro de vida) será competente el juez que tomó intervención en las actuaciones principales de la unión convivencial.

V. La competencia respecto a las uniones convivenciales conforme la jurisprudencia

En el orden jurisprudencial, la mayor parte de los distintos Tribunales de familia han emitido pronunciamiento a favor de que las acciones derivadas de una unión convivencial en los términos del Cód. Civ. y Com. sean planteadas y abordadas por los juzgados con competencia en cuestiones de familia.

En esa línea argumentativa se ha resuelto: "(...) Si el objeto del juicio encuentra su origen en la unión convivencial, corresponde confir-

mar la resolución que declaró la incompetencia y ordenó la revisión de las actuaciones a un Juzgado con Competencia en asuntos de familia, toda vez que se ha afirmado que los negocios en los que se embarcaba la actora con el aquí demandado, los hacía por la relación de confianza que tenían, producto de su relación en concubinato" (9).

En otro fallo se dijo: "La información sumaria tendiente a acreditar una relación de concubinato o unión de hecho en razón de la materia deben ser valoradas por la justicia nacional civil con competencia en asuntos de familia. Ello en razón de que las uniones convivenciales se han integrado dentro del ámbito del derecho de familia al quedar comprendidas en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación" (10).

De igual modo, en el marco de un expediente sobre información sumaria en el cual la actora requiere que se declare judicialmente acreditada su convivencia con el Sr. P., para poder iniciar el trámite respectivo y obtener las prestaciones dinerarias por fallecimiento ante la ANSeS y ante Asociart SA ART, la jueza de familia se declaró incompetente para entender en el asunto en atención a lo normado por el dec. 754/1998 del Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires y señaló que, a todo evento, la cuestión debía ser planteada ante el fuero Federal de la Seguridad Social. En la especie, la actora apeló la resolución y la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió revocar la decisión de grado y disponer que las actuaciones continúen tramitando ante el Juzgado de familia. Para decidir de ese modo, el tribunal destacó: "más allá de las posturas asumidas con anterioridad, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta competente para entender en este proceso, la Justicia con competencia exclusiva en asuntos de familia. En este sentido indicado, conforme

(9) CNCiv., sala M, 24/10/2017, 60933/2017, "G. C., U. c. L., G. R. s/ rendición de cuentas", sumario 26348 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).

(10) CNCiv., sala H, 11/04/2016, H076624, "Costa Vázquez, José s/ información sumaria (sumario 25393 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).

(8) MÉNDEZ, Romina — SASSO, Marcela, "Comentarios a los arts. 712/723 (acciones de estado de familia, reglas de competencia y medidas provisionales) del Código civil y comercial de la Nación", Julio César Curá (dir.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada y ampliada, agosto de 2016.

criterio esbozado por esta sala en un supuesto de similares características resulta competente la Justicia de Familia para entender en una información sumaria tendiente a acreditar una convivencia a los fines de iniciar los trámites pertinentes para obtener una pensión. Ello así, por cuanto las uniones convivenciales (arts. 509 a 528, Cód. Civ. y Com.) se han integrado dentro del ámbito del derecho de familia al quedar comprendidas en el Libro Segundo, 'Relaciones de Familia' (11).

Desde esta perspectiva, resolvió en similar sentido el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional en lo Civil ante un conflicto de competencia planteado entre el Juzgado Civil de Familia N.º 9 y el Juzgado en lo Civil N.º 31. El tribunal dispuso que la información sumaria tendiente a acreditar una relación convivencial o unión de hecho en razón de la materia deben ser valoradas por la justicia nacional civil con competencia en asuntos de familia. Entre otros argumentos, se destacó: "para la determinación de la competencia corresponde —en principio— tomar en cuenta la exposición de los hechos que la actora hiciere en la demanda y el derecho que invoca como fundamento de su acción, así como la naturaleza de las pretensiones deducidas en aquellas. Los procesos de familia han merecido especial tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Así, los arts. 705 y ss. se refieren a disposiciones procesales aplicables a todos los procesos de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos (art. 705). En este orden de ideas, las uniones convivenciales (arts. 509 a 528, Cód. Civ. y Com.) se han integrado dentro del ámbito del derecho de familia al quedar comprendidas en el Libro Segundo, 'Relaciones de familia' (12).

(11) CNCiv., sala D, 28/02/2020, 81763/2019, "L. D., J. C. s/ información sumaria (base de datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).

(12) Expediente 24756/2017, "F. S., B. s/ información sumaria" 06/07/2017. (Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil). En sentido contrario, ver expte. TG-2578-2019 - "G. M. M. c. D. L. J. V. s/ acción compensación económica", Juzgado de Familia N.º 1 de Tigre (Buenos Aires), 23/10/2019: eIDial AAB8D9.

En otro fallo sobre contienda negativa de competencia que se presentó entre el juez de Familia de 1ª Nominación de Córdoba y el Juzgado de Primera Instancia N.º 30 de Córdoba, relativo al trámite de un reclamo de compensación económica y distribución de bienes, el juzgado patrimonial para fundar la incompetencia señaló: "es por demás evidente que dicha cuestión la pretensión de compensación económica arrastra a las restantes en orden a que debe entenderse que el mismo juez, en el caso el juez de Familia, debe entender en toda la causa. Es que no solamente la determinación de la compensación económica depende (entre otras cosas) de la situación patrimonial en que queden los exconvivientes luego de la ruptura (para lo cual la distribución de bienes del art. 528 constituye un elemento clave para establecerla), sino que, además, el principio de Tutela Judicial Efectiva contenido en el art. 15, inc. 1º de la ley 10.305 impone la tramitación unificada de la causa, y no desdoblándola, según cuáles sean las diversas pretensiones. De lo contrario, la inmediatez, la celeridad y el acceso efectivo a la justicia se verían afectados". (...) Es por tales razones que entiendo que el suscripto es incompetente para tramitar la presente causa, y que debe ser ventilada ante el juez de Familia (...). Puede observarse claramente que la norma del Cód. Civ. y Com. no dispone en los conflictos 'de naturaleza extrapatrimonial', sino que no distingue, lo que es lógico: sea cual sea la naturaleza del conflicto, si se trata (en el caso) de una unión convivencial, es el juez de Familia, y solo él, quien debe entender en la cuestión, aun cuando sea de naturaleza exclusivamente patrimonial" (13).

En esa línea también se destacan los fallos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en el que, en tantos otros, se ha resuelto: "No es requisito que la unión convivencial se encuentre inscripta para que entienda el juez/jueza de familia, dado que la inscripción solo está prevista para los efectos probatorios mas no para los otros efectos jurídicos que contempla la nueva legislación civil, salvo en lo relativo a lo protec-

(13) 12/05/2017, "P. R. V. c. J. J. J. E. ordinario expte. 6245403", Juzg. 1ª Inst. Civ. Com., 30ª Nom. — Sec. Protocolo de Autos Resolución: 272, ver comentario al fallo; IMAS, Gonzalo E., "Uniones convivenciales: competencia, interpretación y aplicación de la ley vigente", RDF: 2018-V, 14 AR/DOC/3445/2018.

ción de la vivienda familiar derechos y bienes de la misma conforme el art. 522 del Cód. Civ. y Com.” (14).

En esas condiciones se dijo: “Aparece como razonable que el juez de familia que interviene en los procesos que tramitan ante el Juzgado a su cargo, conozca también en los presentes obrados, siendo que las partes han estado unidas por una relación de unión convivencial y tienen un hijo en común que habita en el inmueble objeto de autos y del que se pretende establecer si corresponde la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges o convivientes” (15).

De igual modo y en orden a la conexidad de las actuaciones se ha resuelto: “La conexidad apta para producir el desplazamiento de la competencia debe basarse en una identidad entre las distintas pretensiones, derivada de la causa, del objeto o de ambos elementos, o en la existencia de una íntima vinculación entre los asuntos, completando la figura la identidad de sujetos. En el primer caso, se tiende a evitar el riesgo del dictado de sentencias contradictorias, en tanto que en el segundo se persigue facilitar la solución de un litigio con base en el conocimiento que tenga el juzgador de circunstancias que se debaten en otro u otros expedientes y que se relacionan de manera íntima con aquel. Por su parte, es criterio reiterado que en cuestiones de familia y capacidad de las personas es aconsejable la intervención de un mismo magistrado, a los fines de preservar la unidad de criterio que la materia impone” (16).

(14) CC0201 LP 126088 RSD 270/19, S 03/12/2019, juez Hankovits (OP) Carátula: “M. M. c. L. R. L. A. s/ materia a categorizar”. Magistrados Votantes: López Muro - Sosa Aubone - Hankovits (<http://www.scba.gov.ar>).

(15) LZ LZ 26542 2016 364 I, 02/10/2018 Carátula: “Carrion, Miguel E. c. Zupancic, Janina A. s/ determinación de precio de alquiler”. Magistrados Votantes: Caram — Altieri. Tribunal Origen: JC1400LZ (<http://www.scba.gov.ar>).

(16) Secretaría General 1 40494/2019, “D. G., A. S. s/ evaluación art. 42, Cód. Civ. y Com.”, 26/06/2019. Sumario: 27195 Sentencia: M047918, Fecha: 29/10/2018, Sala: expediente: “C., L. c. S., G. M. s/ denuncia por violencia familiar, Sumario: 25725, Sentencia: S068771, Fecha: 01/12/2016 Sala: Tipo: I Expediente: “B. G. SA c. A., P. E. s/ denuncia por violencia familiar”, expte. 68771/2016 Idem

En definitiva, de los precedentes expuestos se observa la tendencia de los tribunales a que las acciones derivadas de la unión convivencial tramiten ante los juzgados con competencia exclusiva en cuestiones de familia y no ante los juzgados civiles con competencia en general. Aun tratándose de actuaciones con neto corte patrimonial, toda vez que las uniones convivenciales se han integrado dentro del ámbito del derecho de familia al quedar comprendidas en el Libro Segundo del Cód. Civ. y Com. También en este aspecto, la jurisprudencia ha reiterado la conveniencia que un mismo juez/jueza conozca en todos los asuntos conexos que tienen origen en los conflictos derivados de la unión convivencial. En lo personal, coincido con dichas posturas en tanto se persigue que los desacuerdos sean trabajados desde una mirada integrativa a fin de darle una respuesta especializada para cada caso en particular y atendiendo las necesidades de las personas más vulnerables del sistema familiar.

Tribunal de Superintendencia, expte. 47860/2017, “D. O. M., M. P. c. G., P. E. s/ denuncia por violencia familiar”, del 03/08/2017. Idem Tribunal de Superintendencia, expte. 1717/2019, “D. G., C. S. y otro s/ medidas precautorias”, del 05/06/2019. Sumario: 25409 Sentencia: S017880 Fecha: 13/04/2016, I Expediente: “F. D. A. c. M. F., M. R. s/ denuncia por violencia familiar”, Sumario: 25240 Sentencia: S079432 Fecha: 02/12/2015, Tipo: I Expediente: “S., M. c. Reserva identidad menor de edad s/ denuncia por violencia familiar”, Sumario: 22586 Sentencia: S012193 Fecha: 29/06/2012, Sala: TS Tipo: I Expediente: “S., H. A. c. F., S. S. s/ denuncia”, Idem Tribunal de Superintendencia, Expte. 40993/2017, “V., R. S. c. V., J. A. s/ denuncia por violencia familiar”, del 12/07/2017. Tribunal de Superintendencia, expte. 31818/2016, “B., N. M. c. D. P., M. E. s/ denuncia por violencia familiar”, del 09/08/2017. Idem Tribunal de Superintendencia, expte. 41667/2018 “M., M. D. L. M. c. T., J. P. s/ denuncia por violencia familiar”, del 29/08/2018. Idem Tribunal de Superintendencia, expte. 53865/2018 “Q., D. T. c. Q., G. M. s/ Denuncia por violencia familiar”, del 23/08/2018. Idem Tribunal de Superintendencia, Expte. 88703/2018, “C., A. E. c. D., A. G. s/ denuncia por violencia familiar”, del 26/12/2018. Idem Tribunal de Superintendencia, expte. 15655/2019, “A., P. L. c. C., E. F. s/ denuncia por violencia familiar”, del 10/04/2019. Idem Tribunal de Superintendencia, expte. 17816/2019 “G., A. S. c. G., E. M. s/ denuncia por violencia familiar”, del 09/05/2019. Idem Tribunal de Superintendencia, Expte. 37956/2019 “G., L. s/ medidas precautorias”, del 07/06/2019, Secretaría General 1, 82080/2018, “J., G. H. M. y otro c. A., L. T. A. s/ cobro de honorarios profesionales”, 17/05/2019 (todos los fallos se pueden consultar en la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).

VI. La valoración del caso

Parece incuestionable la postura tomada por la sala 1ª de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial N.º 2 de la ciudad de La Plata, al señalar que corresponde a la órbita de los juzgados de familia la competencia para atender en el conflicto familiar originado de una unión convivencial, con la aplicación propia de los principios procesales que hacen a la materia (tutela judicial efectiva, intermediación, oralidad, amplitud y flexibilidad de la prueba), aun cuando se trate la pretensión de una división del condominio de bienes (regulada en los arts. 1983 al 2016 del Cód. Civ. y Com.) propia de los derechos reales, pero no por ello aplicable por parte del fuero de familia en tanto prevalece el reconocimiento de esa organización familiar reconocida por la Constitución Nacional (17), los tratados internacionales de derechos humanos y el Cód. Civ. y Com.

En tal sentido, se infiere que sea un juez/jueza de familia que ante la ruptura del vínculo de los convivientes resuelva todas las cuestiones concernientes a una familia, tomando como punto de partida las necesidades de sus integrantes independientemente que el reclamo sea sean de contenido netamente patrimonial.

De esta manera, es conveniente que sea un mismo juez/jueza especializado en el derecho de familia quien valore todos las pretensiones de derechos de los convivientes, según cada caso en particular: la atribución de la vivienda familiar; el carácter y distribución de los bienes, posible compensación económica y en caso de existir hijos menores de edad, lo relativo al ejercicio del cuidado personal, dinámica de comunicación y cuantificación y modalidad de la contribución alimentaria a favor de aquellos, entre otras cuestiones que hagan a las características propias de la organización familiar. Todo ello, en beneficio, también del principio de economía procesal, y, sobre todo a ventajas de unidad de criterio en la valoración de cuestio-

nes íntimamente ligadas, tal como lo dispone el art. 706 del Cód. Civ. y Com.

A la luz de los antecedentes reseñados, luego de una lectura minuciosa y detallada del fallo se llega a la convicción que corresponde rechazar el reclamo formulado por el apelante, ello en virtud del contexto familiar detallado en la causa.

Tal premisa responde al equilibrio entre el principio de autonomía de la voluntad y los principios que rigen en derecho de familia (equidad, igualdad, cooperación y solidaridad familiar). De este modo, la legislación actual intenta que el juez de familia frente a los desacuerdos o desentendimiento entre la pareja logre consensos entre aquellos desde una mirada integrativa.

Lo cierto es que, en el caso de autos, los argumentos vertidos por el apelante en cuanto a que solo el juez civil y comercial tiene *expertise* sobre la temática y que por ello resulta competente para entender en la distribución de los bienes adquiridos cuando los condóminos vivían juntos, devienen ineficaces y no pueden ser considerados en tal sentido. En este sentido, corresponde recordar que al momento de resolver cuestiones de familia también se hacen valer principios generales del derecho civil, p. ej., la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa y abuso del derecho en materia de recompensas en el régimen patrimonial del matrimonio, interpretación de contratos, prescripción, formas y vicios de los actos jurídicos en procesos de ejecución de alimentos, entre otros que puedan corresponder.

Concluyentemente, la resolución de cámara es ejemplificadora en tanto reconoce que en la sociedad coexisten modelos familiares con composiciones de lo más heterogéneas, en la especie, la unión convivencial, dinámica vincular que ha tomado un papel importante en la actualidad.

Por otro lado, es aplaudible uno de los argumentos expuestos en el fallo anotado en cuanto resalta la importancia de cumplir en las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, eliminando los obstáculos al acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnera-

(17) Se infiere de la lectura de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), la protección especial de las familias. Específicamente el art. 14 bis declara “la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

bilidad impidiendo la multiplicidad de fueros que intervengan en un mismo conflicto. En ese marco jurídico, el art. 706 enumera los principios generales de los procesos de familia, los que deben ser interpretados con el resto de los principios dispositivos del derecho procesal constitucional de la familia. De este modo y en consonancia con el principio de tutela judicial efectiva, se dispone que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos (inc. a)].

Finalmente, se trata de articular lo normado en el Código Procesal con los preceptos establecidos en el Cód. Civ. y Com. En estos términos, se insiste por un lado en la supremacía de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tutelan la unión convivencial, y por el otro por la premisa que el derecho de fondo prevalece sobre el de forma. En ese aspecto, cabe recordar que el Código Civil derogado no contemplaba una normativa en cuanto a las reglas de competencia aplicables a los procedimientos de familia, materia que ahora sí está reglamentada en el derecho positivo.

Se infiere así que los argumentos expuestos en el fallo, analizados a partir de los postulados constitucionales mencionados anteriormente alcanza la garantía al acceso a la justicia, la que implica reunir la actividad procesal en la menor cantidad de actos procesales posibles y celeridad procesal, con la finalidad de concretar los derechos subjetivos del grupo familiar en crisis en consonancia con los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto recogiendo así el valor y entidad que se otorga a este principio en las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad, todo en relación directa con los principios de inmediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad.

VII. Conclusión

De lo analizado en el presente trabajo resaltamos la existencia de fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales que aconsejan el despla-

amiento de la competencia a tribunales con competencia exclusiva en asuntos de familia cuando los reclamos sean derivados de una unión convivencial. Se prevé la conveniencia de que sea un solo Tribunal y especializado en la temática el que intervenga en todas las cuestiones relativas a un mismo elemento, relación jurídica originada en vínculos familiares.

Como ya lo señalara, razones de conexidad autorizan el referido desplazamiento a los fines de permitir una unidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho invocado por el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

Dado este escenario, se concluye que los argumentos del Tribunal son válidos y razonable en tanto es conveniente que el juez que previno y conoce con profundidad el conflicto familiar siga entendiendo en la causa con origen en una unión convivencial. En tal sentido, corresponde el análisis sobre el conflicto por parte de un solo juzgado con el fin de que se comprendan las necesidades de los integrantes de la familia con una visión en conjunto del problema, examinando los recursos con los que cuentan para adoptar las medidas y estrategias que se entiendan más ajustables a la organización y dinámica familiar.

A fin de cuentas, la determinación de la competencia en las acciones derivadas de la unión convivencial y sus efectos jurídicos (comprendidas en el tít. II del Libro Segundo del Cód. Civ. y Com.), recaerá en un juzgado de familia atendiendo el principio de especialidad que rige en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio que la pretensión sea una cuestión puramente patrimonial.

En resumen, se observa la necesidad de abordar el tratamiento de las desavenencias originadas en una unión convivencial desde la óptica de los principios que rigen el derecho de familia y las leyes de protección de derechos, en el sentido que la problemática sea trabajada desde una mirada integrativa a fin de darle una respuesta especializada para cada caso en particular y atendiendo las necesidades de las personas más vulnerables del sistema familiar.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Rechazo de la pretensión solicitada por una mujer que se dedicó a la crianza de sus tres hijos durante la convivencia. Matrimonio que duró algo menos de veintiún años. Atribución de la vivienda familiar a la actora sobre el único inmueble ganancial. Ejercicio de una actividad rentada en el área de la podología y maquillaje. Ponderación de los viajes realizados al exterior.

Con nota de Vanesa Débora Mestre

1. — La compensación económica solicitada en los términos del art. 441 Cód. Civ. y Comercial por una mujer que se dedicó a la crianza y educación de sus tres hijos durante la convivencia matrimonial, que duró algo menos de veintiún años, debe rechazarse, pues la hipótesis que contempla la norma apunta al desequilibrio manifiesto que produce a uno de los cónyuges el divorcio, que signifique el empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, lo que en el caso no se encuentra acreditado.
2. — La compensación económica solicitada por una mujer que se dedicó a la crianza y educación de sus tres hijos durante la convivencia matrimonial, que duró algo menos de veintiún años, debe rechazarse, teniendo en cuenta que la actora ejerce una actividad rentada en el área de la podología y maquillaje, que no prestó colaboración en el ejercicio de la actividad profesional del marido, que se le atribuyó la vivienda familiar sobre el único inmueble ganancial, sumado a que cuando las partes procedan a realizarlo habrá de disponer de un capital que le permitirá adquirir otro de menores dimensiones y más adecuada para sus necesidades actuales.
3. — El desequilibrio patrimonial al que hace referencia el art. 441 del Cód. Civ. y Comercial a los fines de determinar la procedencia de una compensación económica no debe ser confundido con la pérdida del valor intrínseco del capital, que por motivos ajenos al divorcio, pueda hacer zozobrar el patrimonio de cualquiera de los cónyuges, con lo cual el titular del derecho deberá demostrar no solo el grave perjuicio que importe una desproporción tal que amerite ser restaurada económicamente, sino también el nexo de causalidad.

CNCiv., sala E, 11/12/2019. - M. G. M. c. H. E. E. s/ fijación de compensación económica - Arts. 441 y 442, CCCN.

[Cita on line: AR/JUR/47796/2019]

COSTAS

En el orden causado.

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 11 de 2019.

Considerando:

I. Se presenta la actora, G. M. M., y relata que contrajo matrimonio con el demandado, E. E. H., de cuya unión nacieron tres hijos, en la actualidad mayores de edad. Dicho matrimonio se disolvió por sentencia de divorcio el 29 de mayo de 2016 (ver fs. 26 del expte. N° 88.710/2015).

Expresa que su ex-esposo, ha sido un profesional abogado en actividad de relación de dependencia con un sueldo de más de \$40.000 mensuales, dedicándose asimismo a la actividad inmobiliaria, con el alcance que luce en el escrito introductorio (ver fs. 3 vta., cuarto párrafo).

Sostiene que ha criado a sus tres hijos por tiempo completo, razón por la cual su capacitación laboral fue anulada. Tal dedicación exclusiva y excluyente le impidió capacitarse en actividad alguna y que, por ello, nunca tuvo recursos propios.

Destaca que inicia esta acción, en razón del desequilibrio manifiesto que se produjo en su perjuicio, dado que el divorcio significó para ella un empeoramiento de su situación, derivado de la ruptura del vínculo matrimonial.

Señala que en el expediente seguido sobre divorcio denunció como integrante del acervo ganancial, una cuenta en el Banco Patagonia —sucursal microcentro— y que al contestar la demanda, en los mencionados autos, solicitó que se incluyan bienes que ha adquirido con terceros en las calles ... Piso 2do “A” y en la Av. ... y ..., C.A.B.A., sustraídos deliberadamente de su conocimiento (ver fs. 3 vta., séptimo párrafo).

Por estos argumentos, su estado de salud, nunca haber trabajado y el gran caudal de ingresos del demandado, solicita que se fije una compensación económica a su favor cuyo “quantum” lo estima en el pago de la suma de \$18.400, mensuales, reajustables cada 6 meses, con un tope máximo de 5 años y medio (ver fs. 3 segundo párrafo).

E. E. H., al contestar la demanda, niega parte de los hechos y realiza aclaraciones con relación a los dichos expuestos en la demanda (ver fs. 21/26 punto III).

Sostiene que cuando se casaron, la parte actora, se desempeñaba como docente y que, durante el matrimonio se formó como maquilladora, podóloga y cosmetóloga (ver fs. 23 cuarto párrafo) y que, ello fue reconocido, en forma expresa, por aquélla (ver fs. 23 cuarto párrafo y fs. 18 y 27 de los autos seguidos sobre violencia familiar, expte. N° 87.058/2016).

También se extendió respecto a la capacitación profesional y laboral de la actora, complementando sus dichos con la documental que en copia obra a fs. 11/18. Refiere que las capturas de pantalla de la red social “facebook”, certificadas por Escribano Público —donde la actora promociona sus servicios— son prueba de lo recién expuesto (ver fs. 24 punto 4to.).

La resolución de primera instancia rechazó la demanda y le impuso, a la parte actora, las costas del proceso.

La señora juez, en una fundada sentencia, luego de efectuar una reseña de lo expuesto por las partes en los escritos introductorios, se explayó sobre el encuadre jurídico de la figura de la “compensación económica” (ver considerando II), introducida con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación y encuadró el caso en el supuesto de matrimonio que obtuvo sentencia de divorcio (arts. 428, 441, 442, 524, 525).

También valoró, teniendo a la vista los expedientes conexos (divorcio, violencia familiar y liquidación de comunidad de bienes), los distintos elementos que menciona la parte actora para considerar que se produjo el desequilibrio económico que autoriza a la admisión del pedido. Sin embargo, analizados cada uno de ellos, en forma pormenorizada, concluyó que todos los argumentos no fueron probados, lo que evidencia que no existe tal desequilibrio que autorice a admitir el reclamo incoado en el escrito de inicio (ver fs. 220 segundo párrafo y siguientes).

El pronunciamiento sujeto a examen fue recurrido por la parte actora, quién fundó su queja en el memorial de fs. 232/235, cuyo traslado conferido a fs. 236, fuera contestado a fs. 237/241.

II. El art. 441 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé que “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo indeterminado.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez...”

La norma transcripta incorporó al sistema jurídico nacional las denominadas compensaciones económicas, que consiste en un mecanismo que se pone en marcha ante el quiebre conyugal, y tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que produjo el divorcio entre los cónyuges. Su objetivo es propiciar la superación de la pérdida económica que puede derivarse del divorcio para alguno de los cónyuges, especialmente cuando el matrimonio haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos, cuestión que, en la mayoría de las oportunidades, el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar (conf. CNCivil, Sala “A”, c. 45.317/16 del 12/06/2018 y sus citas; íd. Esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

Como lo ha señalado la doctrina, en forma concordante, no se trata de una prestación alimentaria, ni tampoco requiere que quien resulte acreedor se encuentre en una situación de necesidad, ni busca mantener a los ex-cónyuges en el mismo nivel de vida que llevaban. Constituye un medio para compensar el desequilibrio económico que el cese del proyecto familiar común produce entre quienes los llevaron adelante, y por causa de ello. Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de la vida en común puede provocar a alguno de los cónyuges, especialmente cuando los roles desempeñados produjeron alguna desigualdad entre las capacidades de ambos para producir ingresos (conf. CNCivil., Sala “A”, c. 45.317/16 del 12/06/2018; íd. esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

Esta figura no se estructura en la noción de culpa, sino que descansa en otros principios, de carácter objetivo, a saber: la solidaridad post-conyugal y que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a otro (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado”, T. II, p. 762; Clusellas Eduardo Gabriel, “Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado”, T. 2, p. 349; Ghersi - Weingarten, “Código Civil y Comercial, Análisis jurisprudencial, Comentado, Concordado y Anotado”, T. II, p. 408 Bueres Alberto, “Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, Comparado y Concordado”, t° 1, p. 350; Sambrizzi Eduardo, “La compensación económica en el divorcio. Requisitos para su procedencia”, publicado en RCC y C 2017 03/03/2017 - LA LEY 21/11/2017, cita online AR/DOC/256/2017; Genzelis Nadia, “Compensación económica”, publicado en DF y P C 2018 03/08/2018, cita online AR/DOC/693/2018;

C.N.Civil esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019). Sin embargo, se ha dicho al respecto, que la idea de compensación no debe ser tomada como regla general, sino de modo excepcional, como elemento morigerador, ante la demostración de un real desequilibrio patrimonial, que signifique un empeoramiento de la situación ocasionada por la ruptura del matrimonio (conf. Rivera - Medina, “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado”, T. II, ps. 86/87; Sambrizzi Eduardo, “La compensación económica en el divorcio. Requisitos para su procedencia”, publicado en RCC y C 2017 03/03/2017 - LA LEY 21/11/2017, cita online AR/DOC/256/2017; C.N.Civil esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

Este desequilibrio patrimonial, a su vez, no debe ser confundido con la pérdida del valor intrínseco del capital, que por motivos ajenos al divorcio, pueda hacer zozobrar el patrimonio de cualquiera de los cónyuges. Así el titular del derecho deberá, en definitiva, demostrar no sólo el grave perjuicio, que importe una desproporción tal que amerite ser restaurada económicamente, sino también el nexo de causalidad (conf. Rivera - Medina, op. y loc. cit., ps. 86/87; C.N.Civil esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

El art. 442 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé una serie de pautas orientadoras y no taxativas que los magistrados deben tener en consideración para la fijación de la compensación económica.

La norma señala que “...A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo...”

Se ha sostenido, al respecto, que a los fines de determinar su procedencia y cuantía, el juez debe tener en cuenta una serie de circunstancias previstas por el legislador con el objeto de brindar herramientas de interpretación acerca de la viabilidad y extensión de la pensión compensatoria. Entre ellas se destacan

el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; la dedicación brindada a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia; la evaluación de la capacidad laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quién requiere la compensación, y el grado de colaboración que uno prestó a las actividades del otro. Esta noción de estado patrimonial merece algunas precisiones, pues no solo se refiere a aspectos cuantitativos, sino más bien a un estudio cualitativo de la situación personal de ambos cónyuges (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, op. y loc. cit., p. 767; Mizrahi Mauricio L., “Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad en La Ley Online 06/08/2018 AR/DOC/1489/2018; CNCivil esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019). De conformidad con lo establecido por la norma aludida, existen una serie de pautas que sirven de guía para determinar si se configura el desequilibrio causado y, en caso de comprobarse, cuál debería ser el monto de la compensación a fijar. Estos indicadores refieren a las condiciones existentes al comienzo de la vida en común, la articulación posterior de roles y responsabilidades, las circunstancias configuradas al tiempo de la ruptura y su evolución en un futuro previsible. En todos los casos la decisión judicial debe fundarse en una tarea de ponderación de todos los elementos mencionados (conf. CNCivil, Sala “A”, c. 45.317/16 del 12/06/2018; íd. esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

El artículo citado realiza una enumeración, que no es taxativa, de las pautas que el juez valorará para determinar la procedencia y el monto de la compensación económica. Solo se establecen pautas, atento que no puede determinarse en la ley de antemano circunstancias particulares que dependerán de cada caso en particular (conf. Rivera - Medina, op. y loc. cit., p. 88 punto II; Ghersi - Weingarten, op. y loc. cit., p. 408/409), con la facultad del juzgador de adicionar otras, pero no desestima las legales (conf. Clusellas Eduardo Gabriel, op. y loc. cit., p. 358; CNCivil esta Sala, expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

Llegado a este punto en análisis, es importante tener presente, al menos en cuanto a la cuantificación de la compensación económica, si se encuentra en trámite la liquidación de la sociedad conyugal. No se trata, como puede esperarse de una cuestión menor, pues —como es conocido—, la comunidad de ganancias también cumple una función equilibradora: es un sistema instrumentado, tal como lo hace la compensación económica, para compensar la mayor dedicación de uno de los cónyuges a la familia. En otros términos, el régimen de la comunidad actúa en sí mismo como un mecanismo compensatorio (conf.

CNCiv., Sala “A”, c. 45.317/16 del 12/06/2018; Mizrahi Mauricio L., “La compensación económica en el divorcio y en las uniones convivenciales”, LA LEY Online AR/DOC/956/2018; íd. esta Sala, expte. 19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/2019).

En el caso, la apelante no cuestiona la argumentación que sirvió de apoyatura a la sentencia, sino más bien no haber realizado una investigación más amplia y, en particular, sus conclusiones.

El análisis objetivo que hizo la Sra. juez de grado de la prueba reunida en los diversos expedientes tramitados entre las partes, lleva a concluir que la hipótesis que contempla la norma apunta al desequilibrio manifiesto que produce a uno de los cónyuges el divorcio, que signifique el empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura (art. 441), en el caso, no se encuentra acreditada. Es que se trata de un supuesto excepcional, para cuya procedencia es preciso tener en cuenta diversas circunstancias.

El artículo 442 efectúa una enumeración meramente enunciativa, que no excluye otras que pudieron haber contribuido a ese empeoramiento de la situación del cónyuge perjudicado por la ruptura, para lo cual tiene en cuenta, entre otras circunstancias:

a) El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial. Y, en la resolución sujeta a examen, se analizó que la actora se limitó a señalar que no tenía capacitación laboral, así como la imposibilidad de acceder a un empleo y que, su esposo, en cambio, a esa época, era abogado y comerciante (ver fs. 3 punto d.) y que sustrajo deliberadamente del patrimonio conyugal tres inmuebles (ver fs. 3 vta. séptimo párrafo). Sin embargo, se encuentra debidamente acreditado que la recurrente ejerce una actividad rentada en el área de la podología y maquillaje (ver reconocimiento expreso de fs. 11 de los autos seguidos sobre violencia familiar, expte. N° 8705/2016 y copias certificadas agregadas a fs. 11/18 de estos autos).

También se observa que los únicos bienes de la sociedad conyugal serían el inmueble de la calle ... de esta Ciudad, en el que reside la actora y que, según lo señalado en forma expresa por ella, es el único que integra la sociedad conyugal (ver fs. 23 punto b), con sus bienes muebles y el automotor, Renault Sandero, modelo 2011, dominio ... (ver fs. 6 vta., puntos 2do. y 3ro. de los autos seguidos por la partes sobre liquidación de régimen de comunidad de bienes, expte. N° 24.210/2018).

Al finalizar la vida matrimonial la actora continuó residiendo en el inmueble, con las particularidades

que surgen de los autos seguidos sobre fijación de renta compensación por uso de vivienda, expte. N° 24.199/2018 y el mencionado en el párrafo anterior.

b) La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al divorcio: Parece claro que la actora, quien durante el matrimonio ejerció actividad laboral rentada con el diverso alcance que le asignan las partes, se dedicó a la crianza y educación de sus tres hijos, que en la actualidad son mayores de edad (ver partidas de fs. 13/15 de los autos seguidos sobre divorcio). El demandado dedicó parte del día a su trabajo, con lo que los ingresos y el crecimiento económico de la familia tuvieron por origen exclusivo el aporte del marido, que luego de retirarse del hogar conyugal continuó residiendo en una vivienda locada.

c) La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos: El casamiento tuvo lugar el 15 de octubre de 1993, cuando la actora tenía aproximadamente 26 años. F., nació el 1 de febrero de 1995, S., el 27 de marzo de 1996 y N., el 27 de septiembre de 1999 (ver partidas de fs. 13/15 de los autos seguidos sobre divorcio). La convivencia matrimonial duró algo menos de 21 años aproximadamente, según lo expuesto por las partes. La misma habría cesado en noviembre de 2013, según el demandado, y en noviembre de 2014 según la actora (ver fs. 4 punto II tercer párrafo de los autos sobre divorcio y fs. 11 vta. del expte. sobre violencia familiar). El divorcio se decretó el 24/05/2016 (ver fs. 26 del expediente respectivo). Al tiempo que señala como de separación de hecho la actora tenía 47 años y al de la sentencia en esos actuados, 49. Los hijos ya son mayores de edad, aunque N. a la época del divorcio era menor.

d) La Sra. M. trabaja tal como lo reconoció —en forma expresa— en los autos seguidos sobre violencia familiar (ver fs. 2, 5 y 11). Sin perjuicio de la diferente apreciación de las partes sobre la actividad de aquella, lo cierto es que ella ha señalado que se desempeña como podóloga y no se encuentra acreditado ingreso alguno en carácter de maquilladora, como lo ha sostenido el demandado.

e) No prestó colaboración en el ejercicio de la actividad profesional del marido.

f) Se le atribuyó la vivienda familiar sobre el único inmueble ganancial hasta que se proceda a su venta. Aún vive allí.

Al respecto es importante destacar que no fue rebatida en el memorial, la sólida conclusión a la que llegó la Sra. juez de la anterior instancia con relación a la denuncia de la parte actora, de la existencia de

otros bienes sustraídos deliberadamente de la sociedad conyugal por el demandado (ver fs. 217 último párrafo).

La jueza también valoró los viajes realizados fuera del país por la recurrente, con posterioridad a la separación de hecho (ver informe de Migraciones de fs. 152 vta.) y, con particular referencia, el resultado de las declaraciones testimoniales videofilmadas (ver fs. 64, 65, 66, 121 y 218 vta./219), para concluir que además de no haber acreditado sus dichos, no se advierte la presencia mínima de elementos de convicción que autoricen a concluir que debía admitirse el reclamo incoado en el escrito de inicio.

Frente a tales antecedentes y teniendo en cuenta que, como se adelantó, la actora habita en la actualidad en el único inmueble de la sociedad, sumado a que cuando las partes procedan a realizarlo, habrá de disponer de un capital que le permitirá adquirir otro de menores dimensiones y más adecuado para sus necesidades actuales, que repercutirá en los gastos de mantenimiento, parece claro, que la queja vertida, en el aspecto sujeto a examen, no recibirá favorable acogida.

III. Finalmente, es sabido que la eximición que autoriza el art. 68 del Cód. Procesal procede, en general, cuando media “razón fundada para litigar”, expresión ésta que contempla aquellos supuestos en que, por las particularidades del caso, cabe considerar que el vencido actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado en el litigio. Sin embargo, no se trata de la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino de la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo de costas y sólo ha de disponerse la exención cuando existen motivos muy fundados, por la predominancia del criterio objetivo de la derrota (conf. CNCivil, esta Sala, LA LEY 1987-B-435 y sus citas; c. 167.349 del 05/05/1995; c. 171.720 del 22/05/1995, c.

173.494 del 20/06/1995, c. 548.251 del 26/02/2010, c. 82.726 del 11/07/2014 y c. 34091/2018 del 21/08/2019, entre muchos otros).

Por otra parte, se comparte el criterio de que las costas deben imponerse en el orden causado en los supuestos en que la vencida pudo creerse con derecho a peticionar como lo hiciera (conf. CNCivil, esta Sala, c. 518.065 del 21/10/2008, c. 522.728 del 15/12/2008, c. 524.390 del 18/02/2009, c. 531.130 del 21/05/2009 y c. 34.091/2018 del 21/08/2019, entre muchos otros; Barbieri Patricia en Highton - Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...”, T. 2, p. 64, comen. art. 68; Colombo - Kiper, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado”, T. I, p. 491, núm. 12, comen. art. 68; Fenochietto - Arazi, op. y loc. cit., p. 260, punto c.; Gozafri Osvaldo Alfredo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado”, T. I, p. 217, comen. art. 68; Fenochietto Carlos Eduardo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado”, T. I, p. 286, núm. 6), más aún cuando se está frente a una cuestión sujeta a la prudente apreciación judicial, como en el caso de autos.

Es que de acuerdo a las particularidades que ofrecía la cuestión debatida a partir de la modificación legislativa de fondo y a la interpretación del nuevo plexo normativo, ninguna duda cabe que las costas debieron ser impuestas en el orden causado.

En consecuencia, corresponde admitir la queja de la parte actora y, en consecuencia, imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

Por todo lo expuesto; se resuelve: Confirmar la resolución de fs. 211/220, en lo principal que decide y con el alcance del presente pronunciamiento. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del Cód. Procesal). Notifíquese y devuélvase. — *Juan C. G. Dupuis.* — *Fernando M. Racimo.* — *José L. Galmarini.*

La importancia de la prueba y la relación de causalidad adecuada para la procedencia de la compensación económica

Vanessa Débora Mestre (*)

Sumario: I. El fallo.— II. Algunas notas sobre los requisitos de procedencia para el andamiaje de compensación económica.— III. Apreciación de la prueba.— IV. Relación de causalidad adecuada.— V. Conclusión.

I. El fallo

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, en una reciente sentencia de fecha 11/12/2019, cita online: AR/JUR/47796/2019, consideró que la compensación económica, solicitada en los términos del art. 441, Cód. Civ. y Com. por una mujer que se dedicó a la crianza y educación de sus tres hijos durante la convivencia matrimonial, que duró algo menos de veintiún años, debía rechazarse, debido a que la norma citada apunta al “desequilibrio manifiesto que produce a uno de los cónyuges el divorcio”, que signifique el empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, lo que en el caso de marras no se acreditó de acuerdo con el criterio de los magistrados.

El fallo marcó claramente la diferencia entre el desequilibrio patrimonial al que hace referencia el art. 441 del Cód. Civ. y Com. (derivado del divorcio), con el desfasaje económico por motivos ajenos al divorcio, y que están relacionados con la pérdida del valor intrínseco del capital de cada uno de los cónyuges.

Asimismo, estableció que, a los fines de la procedencia de la compensación económica, se debe demostrar, no solo el grave perjuicio que importe una desproporción tal que amerite ser restaurada económicamente, sino también el nexo de causalidad entre el perjuicio económico y su derivación fáctica del divorcio.

II. Algunas notas sobre los requisitos de procedencia para el andamiaje de compensación económica

El art. 441 del Cód. Civ. y Com. regula el derecho a la compensación económica entre cónyuges, estableciendo que “el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación”.

Realizando una breve enunciación de las modalidades que pueden adoptarse para percibir la compensación, esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente en el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez y, a su vez, el art. 442 enumera algunas circunstancias (no taxativas) sobre las cuales se debe determinar la procedencia de esta y su monto, en caso de falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador.

(*) Abogada (Universidad Nacional del Litoral). Integrante del Instituto Argentino de Justicia Constitucional. Vocal del Instituto Derecho de Expresión y Libertad de Prensa.

Las normas citadas dan cuenta de que estamos ante un derecho-deber que requiere de la concurrencia de ciertas circunstancias fácticas que determine su procedencia, o no. Para ello debemos tener en cuenta su finalidad, que es la de compensar el desequilibrio económico sufrido por una de las partes a causa del matrimonio y su ruptura. Lo que va a variar en cada pareja, patrimonio, vivencias y experiencias, es decir que son de suma importancia los hechos que prueben ese desequilibrio, es decir que la compensación se sostiene en el plano fáctico del empobrecimiento económico que ha sufrido el excónyuge a causa de la ruptura señalada.

En virtud de ello, resulta claro que, a diferencia de los alimentos regulados por el art. 434 del Cód. Civil, el fundamento de esta figura no radica en la “necesidad” sino en el “efectivo desequilibrio económico” que se produce a partir del divorcio.

A su vez, se afirma que la compensación económica aparece como un mecanismo corrector del perjuicio patrimonial que la ruptura de la vida en común puede causarle a uno de los cónyuges. El principal objetivo es equilibrador. La compensación económica, no es un negocio lucrativo que pretende que uno de los cónyuges viva a costa del otro, no es un seguro de vida vitalicio. Es un derecho excepcional en la medida en que no existe derecho a ella como regla general y su concesión no es automática. Solo opera a petición de parte (1).

Es así que “[c]onsiste en una reparación sui géneris que no busca igualar patrimonios, ni restituir lo perdido por su equivalente exacto, ni garantizar el nivel de vida que se tenía durante la convivencia, sino que funciona como un correctivo jurídico de las desigualdades económicas familiares y que persigue autosuficiencia o independencia económica frente al futuro del excónyuge o exconviviente que ha quedado más vulnerable frente al otro luego de fracasado el proyecto de vida en común” (2).

(1) MORANO, Estela - EISEN, Lucía S. - RATO, María Clara, “La compensación económica: presupuestos de procedencia”, RDF 79, p. 119, Cita Online: AR/DOC/3555/2017,

(2) Conf. MOLINA de JUAN, Mariel, “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas ne-

Cabe destacar que la prueba de la desproporción económica suele resultar engorrosa, lo que ha determinado a la postre que existan contados precedentes admitiendo la procedencia de la acción.

No solo es compleja la cuestión de la prueba, respecto de lo cual me explayaré *infra*, sino también la cuantificación de la C.E. en el caso de ser admitida. La labor de los operadores jurídicos (abogados, asesores y jueces) en este aspecto no es nada fácil ya que conforme lo exige la ley, hay que combinar y conjugar muchos factores, y traducir eso a términos económicos es complejo, puesto que el monto al que se arrije, solo tiene por objeto facilitar que la o el reclamante, alcance la autosuficiencia o independencia individual, más allá de los derechos que le correspondan a las partes al liquidar la comunidad de bienes o de las resultas de la acción de Fraude que se encuentra en etapa de producción de pruebas.

De allí entonces, que esta figura no resulta una consecuencia necesaria del divorcio, sino que procede solo ante la comprobación de tales supuestos fácticos que pueden derivar de varias y diversas circunstancias (la colaboración en la actividad lucrativa del otro, la situación patrimonial, la edad, el estado de salud, la labor de educación y crianza de los hijos menores, las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional, etc.).

En aquellos supuestos en que se solicite la fijación de compensación económica, resultará imprescindible que todos los elementos se presenten, pues de lo contrario resultará improcedente la compensación económica pretendida. Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, “... siendo una consecuencia legal del divorcio, resulta indispensable que el desequilibrio se relacione con el proyecto matrimonial y su ruptura, con el esfuerzo aportado a la vida en común en detrimento del desarrollo e independencia individual. Por ello, el desequilibrio eco-

cesarias y respuestas posibles”, www.colectivoderechofamilia.com.

nómico manifiesto deberá presentarse ante la ruptura matrimonial, es decir, debe ser apreciado al momento de la ruptura de la convivencia, y no luego de haberse mantenido en una situación prolongada de separación de hecho” (3).

Siguiendo lo normado por el Código Civil al respecto, el juez a la hora de determinar la procedencia de la C.E. podrá valerse de distintas pautas, que son meramente enunciativas, en consecuencia no se descarta, la valoración de otras que puedan surgir en cada proceso de conocimiento en particular, a saber: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio, c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos, d) capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica, e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales, o profesionales del otro cónyuge, f) la atribución de la vivienda familiar y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quien abona el canon locativo.

En el caso que nos ocupa, los magistrados contaron con diversas circunstancias debidamente comprobadas con relación a las mencionadas en el artículo precedente. La solicitante de la C.E. si bien había colaborado durante la convivencia matrimonial, en la crianza y educación de los hijos (hoy mayores de edad), se desempeñaba también en el área podología y maquillaje, no prestó colaboración en el ejercicio de la actividad profesional del marido (abogado en relación de dependencia y en forma particular en la actividad inmobiliaria), y además se le atribuyó la vivienda familiar sobre el único inmueble de naturaleza ganancial que fuera sede del hogar conyugal.

La actora manifestó que había criado a sus tres hijos por tiempo completo, razón por la cual su capacitación laboral fue anulada, y que

tal dedicación exclusiva y excluyente le impidió capacitarse en actividad alguna y que, por ello, nunca tuvo recursos propios, extremos que no pudo comprobar.

Destacó que el inicio del reclamo devino en razón del desequilibrio manifiesto que se produjo en su perjuicio, dado que el divorcio significó para ella un empeoramiento de su situación, derivado de la ruptura del vínculo matrimonial.

Por otra parte, señaló que en el expediente seguido sobre divorcio denunció como integrante del acervo ganancial, una cuenta en el Banco Patagonia y que, al contestar la demanda, en los mencionados autos, solicitó que se incluyan bienes que ha adquirido con terceros, sustraídos deliberadamente de su conocimiento.

El demandado, a su vez, negó los hechos argumentados por la actora, y argumentó que cuando contrajeron matrimonio la actora se desempeñaba como docente, y que durante el matrimonio se formó como maquilladora, podóloga y cosmetóloga, siendo esto reconocido en el expediente y además fueron probados sus dichos con la documental que obra glosada al expediente, consistente en capturas de pantalla de la red social Facebook, certificadas por escribano público, donde la actora promociona sus servicios.

III. Apreciación de la prueba

En el novedoso instituto regulado por nuevo Cód. Civ. y Com. vigente desde el 01/08/2015, la temática en torno de la prueba se torna en vital a los fines de la supervivencia jurídica del reclamo compensatorio, dado que la C.E. tiene la finalidad de evitar el injusto desequilibrio patrimonial que el cese de la unión puede generar en uno de sus miembros, siempre que ese desequilibrio tenga causa adecuada en la propia unión y en su ruptura (art. 524, Cód. Civ. y Com.) (4).

El desequilibrio ha sido entendido como un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de la relación, teniendo en cuenta las expectativas de bienestar que pudie-

(3) LLOVERAS, Nora - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa, “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, t. I, ps. 430-431.

(4) Cfr. LLOVERAS - ORLANDI — FARAONI, “Uniones Convivenciales”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p. 287, nro. 2.1.

ra haber creado el cónyuge solicitante, sobre la base de las condiciones bajo las que se hubiera desarrollado y conformado la vida conyugal (5).

El desequilibrio a los fines de la compensación económica debe ser calificado, es decir, debe ser manifiesto, evidente, patente, que quede en evidencia que existe una situación económica ostensiblemente diferenciada. De manera que procede su reconocimiento cuando sea palmaria la diferencia, y justamente la separación de la pareja debe haber marcado más objetivamente la posición económica y social de ambos, en detrimento de la mujer. Asimismo, debe poner en evidencia que el esfuerzo aportado en el acompañamiento al esposo, la crianza de los hijos y la organización del hogar, fueron en detrimento de su independencia individual, que encuentra su situación fáctica en el trabajo que realizaba antes de casarse (6), es decir debe ser manifiesto, evidente, patente, que quede en evidencia que existe una situación económica ostensiblemente diferenciada.

Es probable que, en la mayoría de los casos, la prueba del desequilibrio sea compleja. La determinación del estado patrimonial al comienzo del proyecto de vida en común puede ser más o menos sencilla según se hayan tomado ciertas precauciones, como es el caso de contar con constancias documentales, o en el mejor de los supuestos que se hubiera realizado inventario de bienes, que es de gran utilidad aunque en la mayoría de los casos no se realiza, resultando muy útil en parejas con muchos años de convivencia, con lo cual es lógico que se hayan modificado los patrimonios, y los bienes originarios hayan sido sustituidos por otros, o bien hayan sido reinvertidos en gastos del hogar.

Si no se han tomado estas previsiones, es probable que la prueba de estos extremos sea bastante engorrosa, y que, en el último caso, las decisiones se apoyen en las reglas sobre la carga

de la prueba contenidas en los cuerpos procesales, y especialmente en el art. 710 del Cód. Civ. conforme el cual, recae sobre quien está en mejores condiciones de probar (7).

En el fallo a examen, se valoró teniendo a la vista los expedientes conexos (divorcio, violencia familiar y liquidación de comunidad de bienes), y los distintos elementos probatorios aportados por el demandado. Sin embargo, analizados cada uno de ellos, en forma pormenorizada, se concluyó que los argumentos esgrimidos por la actora no fueron probados, lo que evidencia que no existe tal desequilibrio que autorice a admitir el reclamo incoado.

El análisis objetivo que hizo la Sra. jueza de grado de la prueba reunida en los diversos expedientes tramitados entre las partes lleva a concluir que la hipótesis que contempla la norma apunta al desequilibrio manifiesto que produce a uno de los cónyuges el divorcio, que signifique el empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura (art. 441), en el caso, no se encuentra acreditado.

El art. 442 efectúa una enumeración meramente enunciativa, que no excluye otras que pudieron haber contribuido a ese empeoramiento de la situación del cónyuge perjudicado por la ruptura, para lo cual tiene en cuenta, entre otras circunstancias:

a) El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial. Y, en la resolución sujeta a examen, se analizó que la actora al inicio del matrimonio se desempeñaba como docente, con lo cual ya contaba con capacitación previa al matrimonio. A pesar de ello se limitó a señalar que no tenía capacitación laboral, así como la imposibilidad de acceder a un empleo y que, su esposo, en cambio, a esa época, era abogado y comerciante y que sustrajo deliberadamente del patrimonio conyugal tres inmuebles. Sin embargo, se encuentra debidamente acreditado que la recurrente ejerce una actividad rentada en el área de la podología y maquillaje.

(5) MEDINA, Graciela - ROVEDA, Guillermo E., "Derecho de Familia", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 335.

(6) Conf. PELLEGRINI, María Victoria, "Delineamiento de la figura de la compensación económica en el marco del divorcio incausado", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016-2, Derecho de Familia - II. Relaciones entre adultos, Ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe, p. 195.

(7) JFamilia, Puerto Madryn, 05/10/2017, SD 127/2017, "A S/ Compensación económica" (000730/2016).

b) También se observa que quedó debidamente probado que el único bien inmueble ganancial, es el inmueble que fue sede del hogar conyugal, en el que reside la actora y que, según lo señalado en forma expresa por ella, es el único que integra la sociedad conyugal.

c) Con relación a la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia, y a la crianza y educación de los hijos, y la que debe prestar con posterioridad al divorcio, parece claro que la actora, quien durante el matrimonio ejerció actividad laboral rentada con el diverso alcance que le asignan las partes, se dedicó a la crianza y educación de sus tres hijos, que en la actualidad son mayores de edad. El demandado dedicó parte del día a su trabajo, con lo que los ingresos y el crecimiento económico de la familia tuvieron por origen exclusivo el aporte del marido, que luego de retirarse del hogar conyugal continuó residiendo en una vivienda locada.

d) En cuanto a la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos, el casamiento tuvo lugar el 15 de octubre de 1993, cuando la actora tenía aproximadamente 26 años, los hijos nacieron en 1995, 1996 y 1999. La convivencia matrimonial duró algo menos de 21 años aproximadamente, según lo expuesto por las partes. A su vez, el divorcio se decretó el 24/05/2016. Al tiempo que se señala que la separación de hecho se produjo cuando la actora tenía 47 años y a la fecha del dictado de la sentencia contaba con 49. Y tal como puede apreciarse de las fechas de nacimiento de los hijos ya son mayores de edad.

e) Por otra parte, quedó debidamente probado por medio del expediente de violencia familiar, y el posterior reconocimiento de la reclamante, que se desempeña como podóloga, aunque no se encuentra acreditado ingreso alguno en carácter de maquilladora, como lo sostuvo el demandado.

f) No prestó colaboración en el ejercicio de la actividad profesional del marido.

g) Por último, se le atribuyó la vivienda familiar sobre el único inmueble ganancial, hasta que se procediera a su venta.

En el expediente de marras, la jueza también valoró los viajes realizados fuera del país por la recurrente, con posterioridad a la separación de hecho, lo que surgió palmario de los informes de Migraciones que obran glosados al expedientes, como así también declaraciones testimoniales videofilmadas, lo que llevó a la convicción que además de no haber acreditado sus dichos, no se advierte la presencia mínima de elementos que autorizaran a concluir con certeza que debía admitirse el reclamo incoado en el escrito de inicio.

IV. Relación de causalidad adecuada

Otro elemento fundamental que se requiere, aparte del tan mentado desequilibrio económico, es que este último guarde *relación de causalidad* adecuada con el matrimonio y su posterior ruptura, de modo tal que este deberá apreciarse al tiempo del cese de la convivencia de la pareja.

Dicho esto, se advierte que debe existir un nexo causal “comprobable” entre una determinada forma de organización familiar que opera como causa adecuada del desajuste.

En consonancia con el criterio adoptado con la reforma civil respecto del divorcio incausado, el requisito precitado carece de connotación subjetiva, nada tiene que ver la culpa, tampoco interesa si el beneficiario estuvo plenamente de acuerdo con la planificación familiar, aunque no ampara la desidia, ni tampoco el abuso del derecho. En definitiva, subyace el respeto por los pactos que los miembros de la pareja han realizado para distribuir roles y responsabilidades.

Como puede apreciarse este requisito, es otra de las notas determinantes que el operador del derecho debe valorar. En otras palabras, no solo importa la diferencia de nivel económico o de posibilidades entre las partes, sino también la causa de esa diferencia.

En este orden de ideas, no se puede dejar de mencionar la discusión doctrinaria en torno al nexo de causalidad y el tiempo de la separación, ya que algunos autores consideran que a mérito que los seis meses que marca el código para efectuar el reclamo (art. 442, último párrafo), se computan desde que se produce el divorcio. Entendiendo alguna doctrina que, si la separación

de hecho es prolongada, no debe hacerse lugar al pedido de compensación, en la inteligencia de que en esos supuestos no habría relación de causalidad que autorice a admitir el planteo.

V. Conclusión

Finalmente, tanto la normativa vigente incorporada por la reforma civil como los precedentes judiciales reflejan que este instituto no busca generar un derecho de igualdad o nivelación absoluta, como podría ocurrir con el régimen de participación de ganancias, sino que simplemente se trata de compensar al cónyuge perjudicado cuando se presenten las condiciones previstas por la ley.

Este derecho-deber que surge como consecuencia del divorcio, se basa en el principio rector de la solidaridad familiar, y tiende a corregir la situación de desigualdad patrimonial, que encuentra su causa en la dinámica adoptada por la pareja para la vida en común.

Asimismo, quedó de manifiesto la importancia de la actitud dispositiva probatoria de la parte que reclama la compensación, a los efectos de lograr el convencimiento judicial con relación al desequilibrio patrimonial, y al nexo de causalidad que tiene por causa la separación conyugal, concluyendo que se debe realizar un análisis de cada caso particular, descartando de esta forma el dictado de resoluciones judiciales en serie sin el debido sustento fáctico.

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

CUIDADO DEL HIJO EN LA PANDEMIA

Petición de cuidado personal realizado por el progenitor no conviviente que denuncia riesgo en la salud de su hija. Rechazo. Orden de garantizar el contacto mediante uso de medios de comunicación tecnológicos.

1. — El cuidado personal unilateral de su hija solicitado por el progenitor no conviviente en un contexto de aislamiento social obligatorio fundado en una pandemia debe rechazarse —en el caso, se ordenó garantizar el contacto entre ambos mediante el uso de medios de comunicación tecnológicos—, pues no se configura ninguna de las causales previstas en el art. 653 del Cód. Civ. y Com. para que proceda el supuesto de excepción, sobre todo teniendo en cuenta que el trato regular entre el actor y su hija al que alude el inc. a, se ve indiscutiblemente afectado por todo el contexto de emergencia sanitaria mencionado.
2. — No corresponde atribuir responsabilidad a la progenitora por la obstaculización en la comunicación entre la niña y el padre, pues, bajo las circunstancias excepcionales de emergencia sanitaria por COVID-19, lo único que está ocurriendo es la sujeción a las disposiciones nacionales con las restricciones que ello envuelve.
3. — El riesgo para la niña no es la vecindad ni la convivencia con personas expuestas al coronavirus, sino que este último se encuentra en la población y en sí mismo es un peligro. A ese mismo riesgo y contingencia social se encuentra potencialmente propenso su progenitor. Con lo cual, en este caso, no se tipifica una situación concreta generadora de peligro para la niña al permanecer en el hogar materno —centro de vida—, como así tampoco nadie puede garantizar su mejor salud al trasladarse a vivir en la casa del peticionante. En virtud de lo expuesto el argumento sobre riesgo a la salud de la niña no es válido para modificar la situación actual en su cuidado personal.
4. — La tensión actual (y en tiempos de coronavirus) entre el cumplimiento del régimen de comunicación entre el peticionante y su hija y el cumplimiento del aislamiento (conocida como cuarentena), debe predominar el orden público, ya que en este tiempo debe prevalecer la limitación del régimen de comunicación, como consecuencia directa del distanciamiento

social y forzoso dispuesto por el DNU 927/2020.

5. — El DNU 927/20 —aislamiento social, preventivo y obligatorio— generó colisiones con derechos fundamentales e individuales, entre los que se encuentran los que se enmarcan en las relaciones de familia, como las que se analiza en autos. Es decir, el impacto en la limitación tempestiva para la continuidad del régimen de comunicación entre el peticionante y su hija, limitación que impone el Estado dentro de sus facultades y que tiene como finalidad preservar el bien común de todos los habitantes de la República, a través del distanciamiento social y obligatorio.
6. — El Ministerio Nacional de Desarrollo Social junto con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia dictó la Resolución 132/2020, por la establece que ante la situación epidemiológica y para mitigar el impacto sanitario del COVID-19, se limita el cumplimiento de los regímenes de comunicación entre progenitores y niños/as no convivientes. Que el contacto debe ser garantizado por otros medios de comunicación o medios tecnológicos para con el progenitor no conviviente. Que el traslado de los niños y niñas debe ser por única vez o por razones de trabajo o salud del progenitor conviviente al tiempo de la declaración de aislamiento.

Juz. Civ. en Flia y Suc., Monteros, 06/04/2020. - L. G. O. c. G. M. D. L. A. s/ régimen comunicacional.

[Cita on line: AR/JUR/8236/2020]

1ª Instancia. - Monteros, abril 6 de 2020.

Considerando:

I. En fecha 03/04/2020 el Señor G. O. L., con el patrocinio letrado de la abogada R.E.P.O. (MP ...), solicita medida cautelar para el cambio de cuidado personal de la niña L. (3 años).

El actor manifiesta que la niña es hija suya y de la Sra. M. D. L. A. G. Y que, actualmente L. convive con la progenitora.

II. El pedido es interpuesto en el tiempo comprendido en el aislamiento social y obligatorio dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional (DNU PE) N° 297/2020. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (CSJT), dispone mediante Acordadas N° 211, 219 y 223/2020 que el asueto extraordinario en el marco de la situación sanitaria nacional se extienda hasta el próximo 12 de

Abril. La medida cautelar solicita por el Sr. G. O. L., ingresa a conocimiento de este Juzgado Multifueros [excepcionalmente y por el período de aislamiento social, comprende el fuero de Familia, Civil, Laboral y Documentos y Locaciones] mediante el uso del WhatsApp, comunicándose al teléfono N° ..., perteneciente al Sr. Secretario, Dr. Alfredo E. Ferré conforme se publicara en la Circular N° 5/2020 de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

Habilitado el medio tecnológico para la continuidad del servicio de justicia en el contexto de las condiciones sanitarias nacional es que tengo por presentada la demanda de modo digital hasta tanto pueda tener el registro correspondiente en el sistema informático oficial (SAE) del Poder Judicial, jurisdicción de Monteros, provincia de Tucumán.

III. El actor indica que en el año 2017 obtuvo acuerdo por el régimen de comunicación de la niña en el marco de un proceso de mediación. Acompaña fotos de dicho instrumento, el cual es guardado adecuadamente a los fines de poder servir de respaldo informático una vez retomadas y regularizadas las actividades judiciales. Alude que la modalidad convenida con la Sra. M. D. L. A. G. fue de tipo amplia.

IV. Mediante la acción articulada el Sr. G. O. L. solicita, como medida cautelar, el cambio en el cuidado personal de la niña, y funda su pedido en los siguientes argumentos: a) el incumplimiento del régimen comunicacional vigente; b) el riesgo de salud de la niña L. como consecuencia del lugar de residencia de ella junto con su madre en cercanías de otra persona, referida como Dr. J. R., afectada por COVID-19; c) la falta de cuidados en la salud de la niña por parte de su madre, ante el incumplimiento a la medida de aislamiento social y obligatorio (refiere que la Sra. G. y la niña circulan en la vía pública); d) el riesgo en la salud para la niña L., como efecto de la convivencia con un tío materno (M. G.) quien trabajara como recolector de residuos en la zona de Monteros, lo que implicaría la exposición a la pandemia actual (COVID-19).

V. De lo recibido digitalmente tengo para valorar: el escrito de demanda, el convenio de mediación que data del 2017, y capturas de pantallas de notas periodísticas del medio local "Monterizos" que contienen una nota a cerca de un pedido realizado por un recolector de residuos domiciliarios de nombre M. G., ante circunstancias laborales y sanitarias reinantes.

Análisis del tema

A los fines de ser explícita en el desarrollo de este análisis, concentraré en dos ejes centrales los argumentos del actor, Sr. L.: 1. Incumplimiento en el régimen de comunicación 2. Riesgos en la salud de la

niña ante la situación sanitaria nacional de este momento (Pandemia COVID-19)

Paso a desarrollar cada uno de ellos.

1. Para el primer argumento: Incumplimiento en el régimen de comunicación vigente (amplio). Aquí renace la vieja y siempre conocida tensión entre: "la autonomía de la voluntad vs. orden público". Me refiero a la tensión que en este punto converge entre: el "cumplimiento efectivo del acuerdo" que tienen los progenitores L./G. respecto de la comunicación entre el padre y la hija, y el "cumplimiento real del aislamiento social, preventivo y obligatorio" ordenado por el Poder Ejecutivo Nacional (DNU 927/20 de fecha 19/03/2020). Básicamente podríamos graficarlo así: "acuerdo de partes vs. Decreto Nacional" [Autonomía de la libertad vs. orden público]. Pues bien, el marco social, institucional y comunitario en el cual se genera esta tensión de derechos es un escenario singular y de impactos extraordinarios. Ya que, al momento de la interposición del planteo y de este análisis legal (pandemia COVID-19), la provincia de Tucumán junto con la Nación atraviesa una de las circunstancias sanitarias, económicas y sociales más gravosas de los últimos tiempos (de público y notorio conocimiento (1)).

Conocido es que, la disposición del Poder Ejecutivo Nacional es efecto directo de la declaración de pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 19 de marzo de 2020, al momento que se constata la propagación de casos del coronavirus COVID-19 a nivel global llegando a un total de 213.254 personas infectadas, 8843 fallecidas y afectando a más de 158 países de diferentes continentes, habiendo llegado a nuestra región y a nuestro país hace pocos días, y creciendo de modo exponencial. Aunque parezca ajeno ese dato, no lo es, habida cuenta que debo contextualizar el tema y la solución que tome ante el pedido del Sr. L.

Continúo entonces. Concretamente estamos ante una situación anómala desde cualquier punto de vista (social, individual, sanitario, económica, legal, institucional, etcétera). Bajo estas circunstancias nacional e internacional, el DNU N° 927/20 [aislamiento social, preventivo y obligatorio] generó claras colisiones con otros derechos fundamentales e individuales, entre los que se encuentran los que se enmarcan en las relaciones de familia, como las que se analiza en autos. Es decir, el impacto en la limitación tempestiva para la continuidad del régimen de comunicación entre el Sr. L. y su hija L. (padre hija no convivientes), limitación ésta, que la impone el Estado dentro de sus facultades y que tiene como finalidad preservar el bien común de todos los habitantes de la Republica, a través del distanciamiento social y obligatorio Como

resultado de lo expuesto en los párrafos precedentes, el Ministerio Nacional de Desarrollo Social junto con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) dictó la Resolución N° 132/2020 de fecha 20/03/2020, por la establece que ante la situación epidemiológica y para mitigar el impacto sanitario del COVID-19, se limita el cumplimiento de los regímenes de comunicación entre progenitores y niños/as no convivientes. Que el contacto debe ser garantizado por otros medios de comunicación o medios tecnológicos para con el progenitor no conviviente. Que el traslado de los niños y niñas debe ser por única vez o por razones de trabajo o salud del progenitor conviviente al tiempo de la declaración de aislamiento. Ese texto legal también está encuadrado en el principio del Interés Superior del Niño (art. 3 CDN), dado que en este entorno de pandemia internacional, lo que se resguarda es la salud individual de los niños y niñas, y el Estado debe tomar medidas intensas [drásticas y escalonadas] para preservarlos/as de la exposición al virus COVID-19, que, al momento de esta acción judicial tiene “circulación comunitaria” (de público y notorio conocimiento por publicación en el medio: La Gaceta (2)).

En este punto, es válido resaltar también que, según la legislación nacional (3) e internacional (4) los niños/as constituyen un grupo de personas en condiciones de riesgo y vulnerabilidad, por quienes el Estado asume una actividad más potente y activa al momento de garantizar los derechos fundamentales. En este caso el derecho a la salud de L. y su bienestar general. Lo que implica más aún, que el Estado deba asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular de los padres y los niños conozcan los principios básicos de la salud (art. 24 Convención de los Derechos del Niño). Retomando entonces con lo que empecé este análisis, es decir, la tensión actual (y en tiempos de coronavirus) entre el cumplimiento del régimen de comunicación entre el Sr. L. y su hija L., y el cumplimiento del aislamiento (conocida como cuarentena), considero que debe predominar lo segundo. Quiero decir el orden público, ya que en este tiempo debe prevalecer la limitación del régimen de comunicación entre G. O. y L., como consecuencia directa del distanciamiento social y forzoso dispuesto por el DNU 927/2020. Dicho aislamiento social reviste una acción de vital importancia para hacer frente a la situación epidémica reinante y mitigar el impacto sanitario COVID-19 a nivel local como nacional. Que en ese punto no puedo atribuir responsabilidad a la Sra. G. (madre de la niña) en alguna obstaculización en la comunicación entre la niña y el padre. Pues lo que advierto, es que, bajo estas circunstancias excepcionales, lo único que está ocurriendo es la sujeción a las disposiciones nacionales con las restricciones que ello envuelve. Aquí me detengo igualmente, pues del discurso del Sr. L. advierto una clara contradicción en

sus afirmaciones, ya que refiere un “incumplimiento de lo acordado”, y seguidamente afirma la existencia de una “situación de emergencia”. Es decir: por un lado manifiesta livianamente que la progenitora no cumple con el régimen de comunicación, y por el otro afirma conocer que estamos inmersos en una situación de acontecimiento sanitarios de proporciones globales y extraordinarios. De este modo, el aislamiento social preventivo y obligatorio obedece a una situación de fuerza mayor, con el fin de preservar el derecho esencial a la salud tanto personal como pública. En este sentido, es claro que L. debe permanecer en el domicilio donde tiene su residencia principal (el de su madre), mientras dure la situación excepcional y grave que el país y Monteros atraviesa. Con lo cual, la restricción es una situación generada exclusivamente en el marco de la emergencia sanitaria y de la situación epidemiológica referida.

Asimismo, huelga mencionar que el cuidado personal de los hijos menores de edad, es una figura derivada de la responsabilidad parental, que admite las modalidades de cuidado compartido (indistinto o alternado) y cuidado unilateral —excepcionalmente— (artículos 649 a 653 Cód. Civ. y Com. de la Nación). En este orden de ideas, ambos padres conservan —como titulares de la responsabilidad parental— el cuidado personal de su hija, y en este caso se vislumbra según la información —escueta— que brinda el actor, que la niña tiene su domicilio principal en casa de su madre, y en tal contexto acordaron un régimen de vinculación caracterizado como “amplio”. Así las cosas, legítimo es recordar que esta modalidad (cuidado personal compartido con la modalidad indistinta) por sí misma no excluye que ambos padres ejerzan de manera conjunta la parentalidad, sino que obedece a la organización de cada familia. Sin dejar de lado, claro está, que la comunicación entre los hijos y sus progenitores no convivientes, debe desarrollarse con naturalidad y fluidez. Lo cual invita a los adultos, a repensar formas de comunicación en estos tiempos que corren, a fin de no afectar el derecho de los NNA a tener una vinculación con ambos padres, en un marco de tolerancia y respeto. En este razonamiento, y tratando de dilucidar el objeto de la medida cautelar solicitada por el Sr. L. [pues no tiene una escritura clara] infiero que peticiona el cuidado personal unilateral de su hija, lo cual se encuadra en el artículo 653 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Analizando la norma mencionada, no encuentro ninguna de las causales enumeradas para que proceda este supuesto de excepción. Sobre todo, teniendo en cuenta que el trato regular entre el actor y su hija al que alude el inc. a, se ve indiscutiblemente afectado por todo lo antes descripto. Volviendo hacia el escenario nacional y mundial antes descripto (pandemia), es en el cual el Estado obtiene/toma —por imperio de la ley— el control preventivo y protector de la situación sanitaria, y despliega actividades que

tienen como finalidad hacer hincapié en el valor esencial de la vida y la salud de los ciudadanos, especialmente los niños como grupo de riesgo (artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño (5) [CDN], artículo 99 de la Constitución Nacional (6) [CN]).

Por lo expuesto entonces, considero que dicho argumento es improcedente para viabilizar la medida solicitada por el Sr. L. 2. Para el segundo argumento: riesgos en la salud de la niña ante la situación sanitaria nacional de este momento (COVID-19) Para comprobar dicho extremo [riesgo en la salud de L.] solo se argumenta la circulación en la vía pública de la madre junto a la niña, residencia cercana con una persona presuntamente contagiada de COVID-19, y la convivencia con un tío materno en contacto social por el tipo de trabajo que desempeña [recolector de residuos]. Para este argumento me detengo en las siguientes aclaraciones: a) circulación de la niña y la madre en la vía pública; b) la proximidad o vecindad con una persona contagiada con COVID-19, y c) la convivencia con un familiar que tiene contacto social por el tipo de trabajo que desempeña. Para el punto a) “circulación de la niña y la madre en la vía pública”: no existe elemento de verosimilitud de tales afirmaciones, con lo cual debe ser desestimado como evidencia (art. 218 Código Procesal Civil de la Provincia). Para el punto b) “proximidad o vecindad con una persona contagiada con COVID-19” y c) “la convivencia con un familiar que tiene contacto social por el tipo de trabajo que desempeña”: De acuerdo a lo informado por el diario La Gaceta (7), en el reporte del Ministerio de Salud de la Nación mas actual del que dispongo, se confirmaron 98 nuevos casos de Covid-19 en el país. Con estos, el registro suma 1451 positivos en el país. Del total, 674 (46,4%) son importados; 490 (33,7%) son por contacto estrecho con la víctima; 119 (8,2%) son por circulación comunitaria y el resto se encuentra en investigación epidemiológica. Todo lo cual revela que el riesgo en la salud es mucho más amplio que la vecindad con una persona contagiada, ya que, según los expertos, el contagio del virus COVID-19 por “transmisión comunitaria” o “de libre circulación”, alude a aquellos que se contagian en el

país, pero sin haber mantenido contacto con los casos importados o con personas en contacto estrecho con el virus, sino que se considera que está “presente en la población” (8). Por lo expuesto, el riesgo para la niña no es la vecindad ni la convivencia con personas expuestas al virus, sino que éste último se encuentra “en la población” y en sí mismo es un peligro. A ese mismo riesgo y contingencia social se encuentra potencialmente propenso el Sr. L. Con lo cual, en este caso, no se tipifica una situación concreta generadora de peligro para L. al permanecer en el hogar materno —centro de vida—, como así tampoco nadie puede garantizar “su mejor salud” al trasladarse a vivir en la casa del peticionante. En virtud de lo expuesto considero que el argumento sobre “riesgo a la salud de L.” tampoco es válido para modificar la situación actual en el cuidado personal de la niña.

Por lo considerado resuelvo I. No hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr. G. O. L., DNI ... II. Recomendar que a los fines de conseguir el necesario y beneficioso contacto entre L. y su padre, se deberá garantizar el uso de medios de comunicación tecnológicos (Skype, video llamada de WhatsApp u otro medio) para el contacto de la niña con el progenitor no custodio, el Sr. G. O. L. III. Costas al peticionante. IV. Diferir pronunciamiento por honorarios a favor de la abogada R.E.P.O. (MP ...) hasta tanto se completen los recaudos formales para el apersonamiento profesional, como así también la acreditación de la condición fiscal de la letrada. V. Vista al Ministerio de Publico Oficial, Civil, Penal y del Trabajo, Niñez, Adolescencia y Capacidad restringida que interviene en el asueto extraordinario dispuesto por la SCJT por Acordada 623/2020, Artículo 747 CPCT VI. Atento a lo dispuesto en acordada 219/2020 y la circular de Superintendencia N° 5 - contemplando la necesidad de cumplir con el aislamiento obligatorio dispuesto por el PEN, procédase por Secretaría a notificar al teléfono personal de la letrada presentante, por medio del servicio de mensajería instantánea WhatsApp. VII. Oportunamente, remítanse estas actuaciones sueltas a Mesa de Entradas Civil, para registración y formación de expediente físico. — *Mariana Rey Galindo*.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Aspectos sustanciales y procesales de la acción preventiva (*)

Martín Seltzer (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Nociones previas sobre las funciones de la responsabilidad civil, según el Cód. Civ. y Com.— III. La acción preventiva: conceptualización, tipos y presupuestos sustanciales.— IV. Aspectos procesales.— V. Aplicación particular de la acción preventiva.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En las líneas que siguen, trataremos de dar cuenta de los principales aspectos sustanciales y procesales que se ven involucrados en el instituto de la acción preventiva.

Para ello, comenzaremos dando un breve repaso sobre las funciones de la responsabilidad civil, para comprender dónde se inserta el instituto de la acción preventiva. Luego, ingresaremos particularmente en la regulación de la acción preventiva en el derecho de fondo, tratando de conceptualizarla y describiendo sus presupuestos sustanciales.

Seguidamente, abordaremos la temática procesal de la acción preventiva, intentando describir su trámite, y con ello sus caracteres, sus presupuestos procesales y sus alcances con base en tales presupuestos. Plantearemos allí también algunas cuestiones atinentes a la ejecución de resoluciones que despachan favorablemente la pretensión preventiva de daños.

Con tal plataforma y delineados los principales aspectos sustanciales y procesales de la

acción preventiva, nos abocaremos luego a su análisis en su aplicación respecto de diversas áreas del derecho civil.

Finalmente, consignaremos nuestras conclusiones (obviamente provisorias) sobre los temas abordados.

II. Nociones previas sobre las funciones de la responsabilidad civil, según el Cód. Civ. y Com.

Tomando como punto de partida las previsiones normativas, esto es, el Código Civil y Comercial de la Nación en clave constitucional y convencional, la prevención y el resarcimiento del daño (y si se quiere la punición...) como *funciones* de la responsabilidad civil se identifican con un *modo de actuación del derecho* (en la rama civil) *ante el fenómeno del daño*. En otras palabras, frente al fenómeno del daño, el derecho en el ámbito civil opera (regula las conductas y posibles actuaciones) de tres modos diferentes: previniendo, resarciendo, o sancionando, aunque con las salvedades que luego señalaremos respecto de esta última “función”.

En la actualidad existe cierto consenso en cuanto a que el derecho debe establecer una reparación o resarcimiento a favor de quien sufre un daño injusto (1), lo cual ha sido así recep-

(*) Sobre la base de la tesis (“Aspectos sustanciales y procesales de la ‘acción preventiva’ del Código Civil y Comercial de la Nación”), elaborada y defendida en el marco de la Maestría de Derecho Civil Patrimonial de la Universidad Católica Argentina.

(**) Abogado (UBA). Magíster en Derecho Civil Patrimonial (UCA). Profesor adjunto (I) de Elementos de Derecho Procesal Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Coordinador de la Diplomatura en Derecho Procesal de Familia (UAI).

(1) Ello, sin desconocer desde ya las corrientes que auspician, en términos más o menos drásticos, que la responsabilidad civil debe dar lugar en mayor medida a un sistema de distribución de riesgos y riquezas o de fondos públicos (véase las reflexiones y críticas de LÓPEZ MESA, Marcelo J., en TRIGO REPRESAS, Félix A. —

tado por el Código Civil y Comercial. Tampoco existen mayores controversias en cuanto a que a esta función o “actuación” del derecho, se la debe calificar como resarcitoria, y así también lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación.

Desde esta óptica, la función resarcitoria de la responsabilidad civil (entendida como el conjunto de normas que regulan el modo de otorgar el resarcimiento o reparación ante un daño), opera y actúa luego de acaecido el daño (*ex post facto*), otorgando, en tanto se verifiquen los presupuestos que la ley fija para ello, una indemnización al damnificado que lo coloque —en sentido literal o figurado, según el caso—, en la misma situación que la que se encontraba antes de haberse producido el daño, a través de la restitución específica, del cumplimiento en especie o de una traslación o transferencia patrimonial de parte del sujeto responsable, y siempre a través de una sentencia de condena que así lo establezca (conf. arts. 16, 17, 18 y 19 de la CN).

En cuanto a la *función punitiva*, cabe precisar que la punición con la finalidad de prevenir, o, en otros términos, la sanción con la finalidad de disuadir constituye una actuación del derecho que no se confunde desde nuestra óptica con la “función preventiva”, por medio de la cual el juez actúa directamente y en un tiempo hábil para, o bien prevenir el daño a secas, o bien impedir su continuación o agravamiento. Una vez consumado el daño, y si la pretensión del interesado se vincula únicamente con el establecimiento de una suma de dinero que —desde ya indirectamente— persiga disuadir al demandado de continuar dañando, estaremos en presencia de una *función o faceta punitiva o sancionatoria del derecho*, diversa de la preventiva propiamente dicha, aunque persigan, la norma, el interesado, el intérprete, el juez, o el operador, tal “finalidad” preventiva.

Por último, entendemos a la función preventiva de la responsabilidad civil inserta en el tít. V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1708 y ss.), como aquella que establece los medios o herramientas (o sea, las

normas) para evitar la ocurrencia, la continuación o el agravamiento de un daño. En sentido concordante, Kemelmajer de Carlucci señala que función preventiva sería, entonces, el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes (2).

Por otra parte, como nota característica de esta función, se destaca que aquellos medios o herramientas deben operar actual y directamente sobre la conducta o el hecho generador del daño (y no sobre el patrimonio del dañador), sin depender —como regla y sería deseable— de la voluntaria sumisión del agente dañador a la norma, o en mejores términos, sin depender de que adecue su conducta a la finalidad de no seguir dañando o de no dañar en lo futuro, como ocurre con la función resarcitoria o punitiva (3). Es que, en estos casos, si se pretende endilgarles alguna *finalidad preventiva*, ella sería tan solo indirecta o mediata, en tanto estaría atada al ulterior y voluntario acatamiento de dicha eventual finalidad (preventiva) por parte del dañador, a partir del hecho de que deba responderse por el daño ocasionado (indemnización o resarcimiento) o deba abonarse un “plus” como consecuencia del daño generado (daño punitivo).

Es decir, mientras en las funciones resarcitoria y punitiva la prevención es un potencial o mediato efecto con respecto al modo de actuación primario del derecho en tales ámbitos (v.gr., a través de una sentencia que condene a resarcir

(2) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación” en PEYRANO, Jorge W. (dir.) — ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2016, ps. 363-365.

(3) Zavala de González expresa que el resultado práctico de la tutela inhibitoria —sustancial o cautelar— es impedir que una conducta ilícitamente peligrosa perjudique a otro, para evitar un daño temido o la agravación de uno ya sufrido, y que cualquiera sea la sustancia concreta de la orden —dar, hacer o no hacer— debe privilegiarse la tutela específica que significa la prevención misma como objeto principal y directo (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveconi Ediciones, Córdoba, 2015, 1ª ed., t. I, p. 288).

LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Ed. La Ley, 2004, 1ª ed., t. I, ps. 33-5, donde se reseñan los autores que propician dicha postura, entre ellos, André Tunc y Genevieve Viney.

o a abonar una suma de dinero como sanción), en la función preventiva la misma prevención del daño es su fin y efecto primario.

De ello se advierte, entonces, que el ordenamiento jurídico establece ciertos medios para una función concreta, sin que, como se verá luego, esa noción de “medios” se confunda con la cuestión procesal, desde que esta última involucra el estudio de las vías y procedimientos que los interesados tienen para ejercitar la prerrogativa (acción o tutela preventiva) que el ordenamiento prevé en abstracto.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la función preventiva, a partir de la regulación del Cód. Civ. y Com., se compone de normas que imponen un deber de prevención general y de otras que establecen los presupuestos sustanciales de la actuación del Juez en procura de la prevención de un daño. Con anterioridad, lo que hubo fueron elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales del “deber de prevención” y de la “acción preventiva” a partir del art. 19 de la Constitución y normas particulares alojadas en leyes o códigos.

Ahora bien, el objeto de la función preventiva es la prevención de “daños injustos”, y no de conductas ilícitas en general.

Se ha señalado que uno de los ejes axiológicos del nuevo Código es la prevención (4). A tal afirmación debe adicionársele el análisis de cuál es el objeto de dicha prevención o, en otras palabras, qué es lo que se previene, en tanto que la prevención podría predicarse con relación a muchas conductas, actividades, situaciones, hechos, relaciones, eventos, etc., cuya efectiva ocurrencia el derecho considerase reprochables o no valiosos (es decir, pretendiera evitar), como podrían ser, por ejemplo, los delitos o ilícitos a secas, las conductas abusivas (art. 10, Cód. Civ. y Com.), la violencia en general, o la

familiar (5), la de género (6) o la de los espectáculos deportivos en particular (7), la tortura (8), las violaciones del o al derecho de propiedad de un individuo (v.gr., intrusiones o inmisiones) o de una comunidad (9), la falta de acceso al agua potable (10), las enfermedades o su contagio (11), la desertificación (12) el hambre o la desnutrición, por qué no la mentira (13), entre muchos otros supuestos, que suelen —o si no, deberían— tener una regulación expresa. Ello, está en la esencia de un ordenamiento jurídico constitucional como el nuestro.

Es así que podríamos encontrarnos con normas de distinta índole y diversas materias que, de un modo excluyente o concurrente regulen normativamente la prevención de tales conduc-

(5) V.gr., ley 24.417.

(6) V.gr., ley 26.485.

(7) Ley 23.184, con sus sucesivas modificaciones y actualizaciones (leyes 24.192 y 26.258).

(8) V.gr., Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, incorporado a la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22; ley 26.827, etcétera.

(9) V.gr., de los pueblos originarios (conf. art. 18 del Cód. Civ. y Com., que también cambió su texto del Anteproyecto originario).

(10) Con esta finalidad la Comisión Redactora había proyectado el art. 241 en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que disponía: “Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”. Vale decir que, finalmente, se suprimió este texto, y se lo reemplazó por el último párrafo del art. 240 del Anteproyecto originario.

(11) V.gr., ley 22.953 Antirrábica, que establece medidas tendientes al control y erradicación de la referida zoonosis en todo el territorio de la Argentina; y más recientemente, la normativa vinculada con la pandemia (COVID-19), como, p. ej., los decretos de necesidad y urgencia PEN 260/2020, 297/2020 y conchs.

(12) Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, adoptada en París, República Francesa, aprobada por ley 24.701.

(13) Art. 275 del Cód. Penal de la Nación; y art. 6º del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-M.

(4) De la conferencia brindada por el Dr. Miguel F. De Lorenzo en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en el marco del curso de capacitación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación organizado por dicha entidad, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=qyDnogl7gxs>, minuto 54.

tas o situaciones, dependiendo sobre todo de la complejidad y amplitud de la materia abordada y la factibilidad material y jurídica de prevenirla. A partir de allí y de no surgir expresamente de su texto, podría deducirse, a través de una operación mental, el contenido, función o “finalidad” de dicha normativa.

Ahora bien, en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio la situación se simplifica, pues más allá de la expresa mención de los autores y redactores del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a las “finalidades” —nosotros preferimos referirnos al objeto— de la responsabilidad civil (14), se ha explicitado en su art. 1708 que “las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

Es así que, en resumidas cuentas, la regulación contenida en los arts. 1708 a 1713 del Cód. Civ. y Com. y normas concordantes (v.gr., arts. 52 y 1770), se ocupa exclusiva y excluyentemente de la prevención de *daños* —que es lo que en definitiva es materia de tratamiento en este trabajo—, de un modo general y que sirve de base o continente, por remisiones expresas o por la naturaleza de la regulación, de muchos otros institutos en los que se prevé una actuación o función preventiva, como ocurre por ejemplo con la protección de la intimidad, dignidad personal o familiar, imagen, intromisiones arbitrarias, etc. (arts. 52, 53 y 1770 del Cód. Civ. y Com.).

A su vez, vale destacar que nos parece pertinente la debida caracterización y delimitación del ámbito y objeto de la “función preventiva” de la responsabilidad civil y, con ello, de la “acción preventiva” establecida por el art. 1711 del Cód. Civ. y Com., puesto que, por definición, el ordenamiento jurídico siempre busca (tiene por “fin”) prevenir o evitar conductas que considera no valiosas o reprochables. Y para ello y en el ámbito civil, se vale, en líneas generales y sin agotar el elenco de supuestos, del establecimiento, v.gr., de conductas debidas (v.gr., arts. 9º, 10 —primer párrafo—, 646, 658, 671, 729, 759), de prohibiciones expresas (p. ej., en el arts. 344, 398, 539, 611, 689, 1004, 1099, 1101,

1896), o bien de la disuasión, a través del establecimiento de determinadas consecuencias (generalmente desfavorables) en caso de que se constate la premisa fáctica de la norma (v.gr., arts. 12, 1067).

La función preventiva, en definitiva, no se activa frente a la mera ocurrencia de una conducta antijurídica determinada; es preciso, además, que tal conducta sea actual o potencialmente generadora de un “daño injusto” (15).

III. La acción preventiva: conceptualización, tipos y presupuestos sustanciales

III.1. Conceptualización y tipos de acción preventiva

Sentados los lineamientos generales sobre las funciones de la responsabilidad civil y, en particular, sobre la *función preventiva*, cabe adentrarse ahora sí en lo que constituye una de sus trascendentes facetas: la denominada *acción preventiva*, prevista por en los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com., que la entendemos como aquella pretensión judicial (16) cuyo objeto es el dictado de una resolución (cautelar o definitiva; provisoria o permanente) que impida, mitigue o haga cesar la producción de daños.

Ahora bien, como se verá luego, pensamos que la regulación prevista en los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com. no puede ser considerada de tipo procesal; lo que allí se establece son los presupuestos sustanciales o de fundabilidad de la acción preventiva o, en mejores términos, de la pretensión preventiva, tal como, por ejemplo, el mismo ordenamiento lo hace con relación a la simulación (arts. 333 y 336), a las compensaciones económicas entre cónyuges (arts. 441/2) o convivientes (art. 525), a la atribución del ho-

(15) Oportunamente se expondrá qué se entiende por antijuridicidad o conducta antijurídica dentro de la función preventiva.

(16) Por oposición, v.gr., a la administrativa o extrajudicial. En efecto y como lo sostiene Zavala de González, reemplazar la expresión “acción preventiva” por la de “pretensión preventiva” habría eliminado tautología con la referencia que hace luego el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. a una “acción u omisión antijurídica” como presupuesto (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, 1ª ed., t. I, p. 202).

(14) Tal como con claridad lo explica el Dr. De Lorenzo en la conferencia más arriba citada <https://www.youtube.com/watch?v=qyDnogl7gxs>.

gar conyugal (art. 443) o convivencial (art. 526), sin que puedan considerarse a estas normas de tipo procesal por contener los presupuestos que se exigen para que pueda hacerse lugar a la pretensión judicial en las que pretenden hacerse valer tales institutos.

Ello sin desconocer dos importantes previsiones contenidas en el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. que tienen una notable incidencia procesal (que el juez puede disponer obligaciones: a pedido de parte o de oficio, y con carácter provisorio o definitivo), pero que en rigor se vinculan no con el tipo de trámite sino con el tipo de obligaciones que puede imponer el juez con la finalidad de prevenir daños.

En otro orden de ideas, en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. (17) se verificarían tres tipos de tutela judicial preventiva o *acción preventiva*, según el momento en que se actúe con relación al acaecimiento del daño.

El *primer tipo* de “acción”, es la *preventiva propiamente dicha*, puesto que actúa cuando una acción u omisión antijurídica “hace previsible” la producción de un daño; es decir, actúa *antes* del daño.

El *segundo tipo* podría denominarse *de cese*, en tanto tiene por objeto evitar la *continuación* de un daño que ya *se está produciendo*.

El *tercer tipo*, sería la *mitigadora*, en tanto tiene por objeto evitar el *agravamiento* de un *daño en curso*.

Desde ya que las tres especies de tutelas o acciones referidas constituyen una acción preventiva de daños, puesto que en purismo las tres tienen como finalidad prevenir un daño (ya sea el que se producirá, continuará o agravará); en buen romance, en el caso de la acción de cese o mitigadora, lo que se evita no es el daño que ya se está produciendo sino su continuidad o agravamiento, objetivamente valorado. Empero, a fin de lograr mayor claridad en su tratamiento, no vemos inconveniente en clasificarlas del modo propuesto.

(17) Que, recordemos, dispone, en lo que aquí interesa: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

III.2. Presupuestos sustanciales de la “acción preventiva”

Seguidamente, efectuaremos un análisis de los presupuestos normativos sustanciales de la acción preventiva.

III.2.a. Acción u omisión antijurídica

El art. 1711 exige como presupuesto de la acción preventiva que se constate una *acción u omisión antijurídica*.

La doctrina ha debatido desde el inicio de los tiempos sobre el significado y los alcances del término “antijuridicidad”, desde ya que referido a la función resarcitoria y, sobre todo, a partir de la noción de acto o hecho ilícito (18), que como dijéramos, era la premisa a partir de la cual se estudiaban, interpretaban y aplicaban las normas sobre responsabilidad civil. Señala López Herrera que el Código de Vélez regulaba la antijuridicidad de manera diametralmente opuesta al Código Civil y Comercial de la Nación, ya que la responsabilidad civil era concebida como una sanción a un hecho ilícito, a partir de lo que disponían los arts. 1066, 1067 y 1074 (19), siendo inicialmente “formal” (debía ser una trasgresión de un deber de conducta particularmente establecido por ley o convenio). De allí también la asimilación de los términos *ilicitud* y *antijuridicidad* (20).

(18) Señala Prieto Molinero, que “en probidad, el origen de “antijuridicidad” parece ser una mala traducción del vocablo alemán “Rechtswidrigkeit”, cuyo equivalente en español no sería otro que “ilicitud”, sin que correspondan realizar distinguos entre ambos vocablos (PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil”, LA LEY 28/09/2016, 1). En efecto, son numerosos los autores que señalan que dichos conceptos (antijuridicidad-ilicitud) son sinónimos (véase p. ej., TRIGO REPRESAS, Félix A., “La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC 2015 [octubre], 19/10/2015, 135 - RCyS 2016-IV, 15), con cita de Boffi Boggero, Bustamante Alsina, Compagnucci de Caso, Orgaz, Santos Briz, Vázquez Ferreyra.

(19) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en Código Civil y Comercial de la Nación, CURA, José M. (dir.), Ed. La Ley, 2016, 2ª ed., t. V, p. 402.

(20) Jorge H. Alterini, con cita de la opinión de Orgaz, opta por la designación más difundida que contrapone al obrar jurídico, que es el conforme a Derecho, el contrario a Derecho, o sea el antijurídico (ALTERINI, Jorge H.,

Más allá de ello, a partir de la reforma de la ley 17.711 al Código Civil derogado, se llegó a lograr cierto consenso en que era ilícito/antijurídico todo acto contrario al ordenamiento jurídico, considerado este en su integralidad, pues se aludía al principio de la unidad del ordenamiento jurídico, que hace que cada norma no pueda ser considerada como una individualidad estanca o aislada, sino muy por el contrario, como un elemento conceptualmente inseparable de un complejo jurídico pleno (21). De este modo, incluso, se ve cómo la doctrina mayoritaria siempre ha tomado partido por el criterio de la antijuridicidad objetiva, es decir, la que indaga la contrariedad de la conducta con el ordenamiento en abstracto y no con relación a la imputabilidad o reproche particular al agente, según sus condiciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación no trae en rigor definición o conceptualización de

“Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado ab uso del derecho”, LA LEY 2014-C, 1012 - Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, publicado el 03/06/2014).

(21) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC 2015 (octubre), 135 - RCyS 2016-IV, 15. En similar postura se ubicaba Mosset Iturraspe, quien señalaba que, a la luz del Código Civil derogado, “la acción es antijurídica cuando infrinja los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico, viole una norma de deber destinada a la protección de los intereses; debiéndose tener en cuenta, además de los dictados de la ley, los del orden público y las buenas costumbres, siendo los fines de la ley, el ejercicio funcional de los derechos y la buena fe, pautas o estándares de primer orden” (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Ed. Ediar, 1971, t. 1, ps. 37 y ss.). Jorge Horacio Alterini, por su parte, ya con el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación a la vista y en un señero trabajo, expresa que la noción de antijurídico no queda confinada a la violación de una norma legal determinada, sino que se configura cada vez que es violado el Derecho concebido en su totalidad y representado por sus normas legales y aun consuetudinarias, y poniendo el acento también en los principios que inspiran al ordenamiento jurídico positivo e incluso en los que lo trascienden pero que se sustentan en la Justicia, con su descenso al mundo de lo concreto según el módulo de la equidad (ALTERINI, Jorge H., “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho”, LA LEY 2014-C, 1012 - Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, publicado el 03/06/2014).

antijuridicidad ni tampoco de ilicitud, como si quizá lo hizo con otros institutos y sin perder de vista importantes opiniones que sostienen que las definiciones son impropias de los Códigos. Ello ha generado un fecundo debate en la doctrina sobre el alcance y contenido de dicho término (22), sobre todo aplicado a la acción preventiva (23). En este sentido se advierte que en numerosas normas se refiere a la *ilicitud* (arts. 10, 261, 283, 334, 335, 634, inc. c], 1014, 1102, 1353, 1718, inc. b], 1733, inc. f], 1796, incs. d] y e], 2587 y 2614 del Cód. Civ. y Com.), en otras a la *licitud*, pero nunca las conceptualiza, salvo a esta última cuando define al simple acto lícito (art. 258, Cód. Civ. y Com.) y, si se quiere, al acto jurídico (art. 259, Cód. Civ. y Com.). Por otra parte, el Cód. Civ. y Com. tan solo alude a la *antijuridicidad* tangencialmente en el art. 1711 referido a la función preventiva, y más precisamente en el 1717 que se encuentra en la Sección sobre la Función Resarcitoria, más allá que el art. 1718 sería su contracara, aunque sin mencionar la palabra *antijuridicidad*.

Aun así, estas últimas normas tampoco brindarían una definición o concepto de antijuridicidad, pues, en rigor, el art. 1717 tan solo describe, para la función resarcitoria, casos en que se configura una acción antijurídica (cuando se constata una acción u omisión que causa un daño a otro y no está justificada), que —uno podría deducir— constituiría un presupuesto del deber de reparar el daño establecido en el art. 1716; no obstante, en un sentido puramente literal, no se establece qué es la antijuridicidad y —pensamos— tampoco el Código la habría previsto a decir verdad como un presupuesto in-

(22) Véase por todos, TRIGO REPRESAS; Félix A., “La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCCyC 2015 (octubre), 135 - RCyS 2016-IV, 15.

(23) BESTANI, Adriana, “Acción preventiva y omisión precautoria en el Código Civil y Comercial”, Revista del Código Civil y Comercial, Ed. La Ley (RCCyC) 2015 (noviembre), p. 111 - RCyS 2016-III, 26; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCyS 2016-VIII, 5 - DJ 14/09/2016, 1; BESTANI, Adriana, “La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial”, LA LEY 18/08/2016, 1; SAFI, Leandro K., “La acción preventiva de daños”, en Aspectos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Parte II, Rosales Cuello (Dir.), JA 2017-I, ps. 119-20.

eludible del deber de resarcir, más allá de que desde nuestra óptica así debiera ser, en estricto respeto de los arts. 17 y 19 de la CN, en concordancia con el art. 28 de la Carta Magna, y desde luego, con lo que dispone el art. 1737 del Cód. Civ. y Com.

No obstante, lo dicho, no puede desconocerse que tanto la noción de daño, como la de antijuridicidad que prevé el Cód. Civ. y Com., son tributarias de la noción de “daño injusto”, a partir de considerar que el deber genérico de no dañar a otro (en latín, *alterum non laedere*), consagrado expresamente en el art. 1716 del Cód. Civ. y Com., tiene carácter y fuente constitucional (art. 19 de la CN) (24), por lo que se presume *injusto* todo daño sufrido por una persona, salvo que se demuestre que la conducta, acción, omisión o hecho que lo causó, se encuentra justificado por el ordenamiento jurídico (art. 1718, Cód. Civ. y Com.).

Entonces, podemos apreciar que si bien a primera vista el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. pareciera encerrar una autocontradicción a partir de la noción de antijuridicidad que brinda el art. 1717 —puesto que, si según este último toda acción u omisión que “causa” un daño a otro es antijurídica, entonces no podría considerarse antijurídica una acción que no ha causado un daño aún y que busca prevenirse—, una interpretación armonizadora de dichas normas se impone (art. 2º del Cód. Civ. y Com.), a la luz de lo dispuesto por los art. 1716 del Cód. Civ. y Com., y 19, 28, 41, 42 y 43 de la CN, y teniendo en cuenta que el art. 1717 se encuentra ubicado en la Sección que regula la Función Resarcitoria.

Sobre tales premisas, y en primer lugar, entendemos que la verificación de un daño causado, en curso o que probablemente acaezca (que habilitarían, respectivamente, la acción preventiva de cese o mitigadora y la propiamente dicha), *torna antijurídica la conducta o acción que lo*

causó, lo está causando o lo causaría, según el caso, operando así una suerte de presunción simple de antijuridicidad por el acaecimiento del hecho dañoso (actual o futuro), quedando a cargo del afectado y salvo que ello no surja de los propios hechos narrados o pruebas ya acompañadas por el actor, desvirtuar la calificación de antijurídica de su conducta actual o potencialmente dañosa, demostrando que ella se encuentra justificada por el ordenamiento jurídico (art. 1718, Cód. Civ. y Com.) (25).

Ello es perfectamente compatible con lo señalado por López Herrera (26), quien sostiene que debido a que la regla es la libertad de actuación (arts. 19, 28, 31 y 33 de la CN y 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.), solo puede restringírsela si se invoca la *trasgresión normativa* —que comprende también el incumplimiento de un contrato y el acto abusivo—, y esa es la única forma de justificar la actuación preventiva frente a un acto omisivo o —agregamos nosotros— comisivo. En efecto, la trasgresión normativa (antijuridicidad), desde la óptica del daño injusto, es la violación del deber genérico de no dañar (arts. 19 CN; 1716 del Cód. Civ. y Com.) o bien, si se quiere, la actual o potencial violación de los deberes de prevención consagrados en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com.; y la acción preventiva pretende evitar que ese probable daño injusto acaezca, continúe o se agrave.

No se nos escapa que ello es tanto como asignarle al juez una tarea casi de futurología (al menos en la acción preventiva propiamente dicha), pero desde nuestra óptica no cabe restringir ni confundir la operatividad de un derecho (en el caso, a no sufrir daños injustos) con las dificultades probatorias que pueda presentar el caso. Por lo tanto, si no se logran acreditar los presupuestos (principalmente la probabilidad de acaecimiento del daño; la legitimación, la relación causal, etc.), la acción preventiva no podrá

(24) Así lo ha dicho la CS en “Gunther, Fernando R. c. Nación Argentina”, del 05/08/1986, Fallos 308:1118 (si bien aquí tangencialmente en el consid. 14); en “Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, del 05/08/1986, Fallos 308:1160; en “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”, del 21/09/2004, Fallos 327:3753 (voto mayoritario, y los concurrentes en este aspecto de los Dres. Maqueda, Bellusio y Highton de Nolasco), entre otros.

(25) Desde ya que aquí nos referimos únicamente al presupuesto de la antijuridicidad, pues el demandado también podría demostrar para impedir la acción preventiva, que no se dan alguno o todos de los restantes presupuestos (daño previsible, relación causal, legitimación pasiva, activa, etc.).

(26) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en Código Civil y Comercial de la Nación, CURA, José M. (dir.), Ed. La Ley, 2016, 2ª ed., t. V, p. 396.

ser despachada favorablemente, lo que no quiere decir quitarle la posibilidad al afectado de accionar e intentar acreditarlo.

Ello más allá de las facilidades probatorias que se presenten cuando se verifique un obrar ilícito o antijurídico pasado o en curso, donde por lo tanto y como se anticipara, al actor le restará acreditar la probabilidad de continuidad o agravamiento del daño; o bien cuando se aprecie un daño causado o en curso que, por tal razón, haga presumir la antijuridicidad a los efectos de una acción preventiva mitigadora o de cese.

Vale decir que la justificación del hecho dañoso puede estar dada, por ejemplo, por la prueba de que admitir la pretensión del actor supondría un ejercicio abusivo (es decir no regular) de un derecho individual (art. 10, Cód. Civ. y Com.) o de incidencia colectiva (art. 14 del Cód. Civ. y Com.).

En segundo lugar, el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. no pareciera exigir, como lo postula un importante sector de la doctrina (27), una acción u omisión que además de antijurídica sea *peligrosa*, pues este punto se vincula otros presupuestos, que podrían ser la relación de causalidad (si es probable que el daño acaezca según el curso natural y ordinario de las cosas) o el previsible acaecimiento del daño (si esa acción antijurídica es potencial o actualmente generadora de daños).

Eso sí, coincidimos con Zavala de González (28) en que la antijuridicidad se debe verificar respecto de la conducta o actividad, y no del daño en sí, lo que puede incluso deducirse de la lectura de los arts. 1711, 1717 y 1718 del Cód. Civ. y Com. (29). En otras palabras: el daño es consecuencia de una conducta (comisiva u

omisiva) y la antijuridicidad solo puede predicarse respecto de conductas o actividades.

Vale decir finalmente que la antijuridicidad puede predicarse tanto respecto de *conductas positivas* como *negativas*, con el único condicionante de que sean causa actual o potencial de daños.

Ahora bien, sentado lo expuesto, resulta menester atender a la preocupación expresada por Vázquez Ferreyra (30) en cuanto a que una noción tan amplia de la antijuridicidad podría facilitar la proliferación de acciones preventivas conspirando contra una numerosa cantidad de actividades lícitas que realizamos los seres humanos, aún las riesgosas, por el solo hecho de ser potencialmente generadora de daños. El ejemplo que da el autor citado, es el de la conducción de los vehículos en la vía pública; y con cita de De Cupis (en su obra *El daño*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, 2ª ed., p. 575), expresa que esta tutela preventiva “es la más enérgica, pero es también la más problemática; un ordenamiento jurídico poco sensible a la exigencia de combatir los peligros del daño podría ser considerado favorecedor; pero una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás”.

Pensamos que tales válidos reparos, no deben ser atemperados por la vía de recortar la antijuridicidad y reducir enormemente el campo de aplicación de la acción preventiva (31), puesto que el análisis en rigor se centrará en evaluar, por un lado, si el daño que potencialmente podría producirse responde al ejercicio regular del derecho del destinatario de la acción por un lado (art. 1718, inc. a del Cód. Civ. y Com.), o por el otro, si la acción preventiva constituye una irrazonable, desproporcionada o, en definitiva, inconstitucional intromisión en la esfera de libertad de una persona (art. 1713 del Cód. Civ.

(27) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, 1ª ed., t. I, ps. 212-9.

(28) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 390-393, y 427 a 429.

(29) Esta postura, también era sostenida en el régimen del Código Civil derogado por prestigiosa doctrina (véase, por ejemplo, MOSSET ITURRASPE, Jorge, en Código Civil Comentado, MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDE-CASAS, Miguel A. (dirs.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2003, 1ª ed., t. 7, ps. 11-12.

(30) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material”, RCyS 2016-VIII, 5 - DJ 14/09/2016, 1.

(31) En este punto, coincidimos con las reflexiones de Andrea Bestani (BESTANI, Andrea, “La antijuridicidad en la acción preventiva del Código Civil y Comercial”, LA LEY 18/08/2016, 1), aunque por los fundamentos que aquí explicitamos en cuanto a la ponderación de la justificación del daño.

y Com.). Como se ve, en rigor son dos caras de la misma moneda, aunque encuentren su fuente en normas diferentes.

En el ejemplo de los vehículos, el daño potencial que estos podrían ocasionar, al circular por la vía pública (de allí su carácter riesgoso, art. 1769, Cód. Civ. y Com.), efectivamente daría lugar a una acción preventiva si no fuera porque dicha circulación es un riesgo, no solo tolerado por la sociedad, sino expresamente admitido y regulado por diversas normas de tránsito (v.gr., ley 24.449). Por lo tanto, quien se limita a circular con su vehículo en regla, por más que esté al mando de una cosa riesgosa potencial generadora de daños, *a priori ejerce regularmente su derecho*. Distinto sería el caso si se acreditara que el vehículo no se encuentra en las condiciones reglamentarias y representa un riesgo que, por tal razón, no es tolerado por la sociedad y, particularmente, por la ley. O bien que tal o cual sujeto, acostumbra a correr “picadas” en la vía pública, desde luego sin habilitación al efecto. La antijuridicidad del daño que con dicho vehículo pudiera ocasionarse, en tal caso, no se encontraría justificada por no verificarse un ejercicio regular del derecho de su titular o conductor de circular con él por la vía pública. Y en tal caso, ello sí podrá dar lugar a considerar antijurídico el potencial daño, y tornar procedente una acción preventiva que, por caso, le prohíba circular hasta tanto ponga el vehículo en condiciones (32).

Desde ya, y sin que con ello pretendamos agotar la cuestión, quedará por determinar, p. ej., quién será el juez competente para disponer la medida preventiva, y cuál sería el contenido y alcance de esta en previsión de los daños que el afectado dice que tal o, cuál conductor podría ocasionar (¿Acaso quitándole la licencia de conducir? ¿Quitarle el vehículo?), con los parámetros de proporcionalidad y menor afectación

(32) El ejemplo dado es solo para ilustrar la antijuridicidad, pues pareciera impracticable una medida de esa índole o, peor aún, incontables medidas de esa índole por jueces (¿civiles?), que realizarían una tarea de control vehicular cuanto menos impropia de su función, y más propia del ámbito de la Administración Pública. Ello más allá de que, existiendo verificaciones técnicas obligatorias, controles vehiculares y demás, una medida de tal índole pareciera no respetar los parámetros del art. 1713 del Cód. Civ. y Com.

posible previstos por el art. 1713 del Cód. Civ. y Com., pero que, aun si dicha norma no existiera, el juez igualmente los debería contemplar a partir de lo dispuesto por los arts. 14, 16, 17, 18, 19, 31, 33, 41, 42, 43 y ccs. de la CN y 1º, 2º, 3º, 9º y 10 del Cód. Civ. y Com.

En resumidas cuentas, sin que sea posible imaginar todos los casos que abonen las diversas posturas y en líneas generales, pensamos que la acción u omisión antijurídica del art. 1711 del Cód. Civ. y Com. es aquella conducta actual o potencialmente generadora de daños que no se encuentra justificada por el ordenamiento jurídico (por tratarse del ejercicio regular de un derecho). Lo dicho, desde ya, sin que ello implique la procedencia automática de la acción preventiva (sino tan solo la configuración del recaudo de antijuridicidad), en tanto deben constatare los restantes presupuestos previstos en los arts. 1711 a 1713, que se analizarán seguidamente.

III.2.b. Previsibilidad del daño. Relación de causalidad

El art. 1711 exige que el acaecimiento, continuidad o agravamiento del daño sea previsible, previsibilidad que se valora según pautas de causalidad adecuada, en el sentido de que la acción u omisión debe aparecer como idónea, según la experiencia, para producir el daño temido (33).

III.2.c. Daño

Para que proceda la acción preventiva no es requisito la constatación de un “daño resarcible”, puesto que este es presupuesto del resarcimiento o indemnización (conf. art. 1739), bastando para la prevención que se constate la actual o previsible (según el tipo de pretensión preventiva) lesión a un derecho o interés razonable del interesado, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Asimismo, resulta perfectamente compatible la regulación de la carga de la prueba del daño en la faz resarcitoria con la preventiva, por lo que “el daño debe ser acreditado por quien lo

(33) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 219.

invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos” (arts. 1744, Cód. Civ. y Com., y 377 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

III.2.d. Inexigibilidad de factor de atribución

No se exige para la acción preventiva la constatación de un factor de atribución subjetivo u objetivo, más allá de la problemática redacción del art. 1721 del Cód. Civ. y Com. Recordemos en este sentido, que la función preventiva opera sobre el factor generador del daño para evitarlo, mientras que la resarcitoria importa principalmente una traslación patrimonial que, en tal sentido, debe tener una justificación en un factor de atribución.

III.2.e. Legitimación

Este punto alude al sujeto que se encuentra habilitado para reclamar la prevención de un daño y el o los sujetos que pueden ser destinatarios de la orden judicial de prevenirlo. El art. 1712 del Cód. Civ. y Com. solo regula la *legitimación activa*, disponiendo que se encuentran legitimados para reclamar, quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Que el interés deba ser “razonable”, a nuestro juicio, supone, por un lado, excluir como legitimado a quien solo posea un interés simple o no reprobado por el ordenamiento jurídico como se lo establecería en los amplios términos del art. 1737 del Cód. Civ. y Com. Ello permite deducir que el art. 1712 funcionaría como un límite, en la función preventiva, a la amplitud consagrada por el art. 1737 para la función resarcitoria (34). Es que a la luz de lo que esta-

blece esta última norma y más allá de los restantes recaudos que debe cumplir el daño para ser resarcible, cabría preguntarse si no se estaría introduciendo así en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de “acción popular” (35). No obstante, ese debate, lo cierto es que, en el ámbito de la acción preventiva, no se admite la actuación en virtud de un interés simple, sino que debe ser razonable.

Por el otro lado e interpretado junto con lo que dispone el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. y el art. 2º de la ley 27, el art. 1712 también reforzaría la idea de que el juez no puede promover una acción preventiva de oficio, sino que esta solo puede ser iniciada o peticionada por quien acredite un interés “razonable” (y no cualquier interés), sin que a ello se le oponga la mención del art. 1713 en cuanto a la facultad de disponer “de oficio” obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, puesto que ello, como veremos, se refiere al contenido de la sentencia y por ende de las “obligaciones” y al poder-deber del juez, o bien de actuar preventivamente en ese momento cuando del expediente se hubiese evidenciado una situación encuadrable en los términos del art. 1711 del Cód. Civ. y Com. (36), o bien de

manera colectiva (los habitantes de un lugar próximo a un campo donde se realizan fumigaciones riesgosas para la salud)”.

(35) Con respecto al tema de la acción popular y sus diversos fundamentos y alcances, no cabe más que remitir a los profundos estudios de GOZAÍNI, Osvaldo A., en su “Tratado de Derecho Procesal”, Ed. La Ley.

(36) Véase p. ej., CNCiv., sala C, 10/02/2015, “P. A. E. y otros c. Club Náutico Hacoaj y otros s/ daños y perjuicios” y “K. de I., M. L. y otro c. Club Náutico Hacoaj s/ daños y perjuicios”, Expte. 116737/05. Se señala en este precedente, en el voto de la Dra. Cortelezzi —compartido en este punto por todo el Tribunal— que “... Ha sido demostrado que quienes concurren a la ‘Isla’ en días calurosos suelen bañarse en las aguas turbias del canal fangoso que sirve, en teoría, como amarradero. La permisión —siquiera tácita— de chapuzones e inmersiones en ese cauce de agua ocasiona un serio riesgo para los usuarios o bañistas, en especial para los niños. El examen de la cuestión ha dejado entrever una situación de peligro común. Es que la sustanciación del proceso me ha dado la oportunidad de conocer la posibilidad de que el daño sucedido se repita en detrimento de sujetos ajenos al pleito. Advertido un grave peligro, cual es la certera posibilidad de ulteriores accidentes similares al de autos, se impone el rol social que es llamado a cumplir el Poder Judicial (...) Es cierto, la actora no pidió en el escrito de demanda la clausura de

(34) En contra, véase la opinión de ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., ps. 256-8. Sostiene la autora en otro tramo de su obra que “defendemos la idea de que la protección de la víctima puede disponerse sin solicitud de la víctima y en interés de terceros que no son parte en el litigio” (aut., y ob. cit., t. I, p. 261), tesis con la que respetuosamente disintimos en tales términos, aun cuando sí coincidiríamos con lo que refiere a renglón seguido, en cuanto a que: “En principio sería irrazonable que cualquier tercero reclame ante los magistrados la adopción de medidas de seguridad que protejan un interés amenazado; excepto cuando, a pesar de no ser titular del bien amenazado, sin embargo, puede resultar afectado por vía refleja (como un familiar de la víctima que sufre riesgoso de enfermar o fallecer) o de

disponer otra medida u obligación a la solicitada por el actor.

Empero, no cabe confundir la facultad del juez de disponer oficiosamente y en el marco de un proceso en trámite de obligaciones a un sujeto con el fin de prevenir daños, que la posibilidad de que este ‘promueva’ (por así decirlo) oficiosamente una pretensión preventiva.

Asimismo, compartimos con Zavala de González en que la evaluación de la “razonabilidad” del interés de quien lo promueve, impone la exigencia de comparar o ponderar el interés del sujeto contra quien se reclama la evitación del daño, para evaluar cuál es el prevalente y cual es razonable proteger en el caso en concreto.

Por último, la constatación de un interés razonable de quien lo promueve resulta recaudo imprescindible en materia de acción preventiva de tipo colectiva para evaluar la legitimación activa, sea en protección de derechos colectivos propiamente dichos o de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, en definición dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (37).

En cuanto a la *legitimación pasiva* de la acción preventiva, cabe señalar que aquella puede ser promovida contra quien potencialmente produciría el daño que pretende evitarse o contra quien produce el daño que pretende hacerse cesar o mitigarse, así como contra los sujetos a quienes la ley manda, en cuanto de ellos dependa, a adoptar las medidas que “de buena fe y conforme las circunstancias” eviten que se produzca una daño o disminuyan su magnitud (art. 1710, Cód. Civ. y Com.).

En definitiva, posee legitimación activa quien tiene un interés razonable en la prevención del daño, sea individual o colectivo; y posee legitimación pasiva quien potencialmente produciría el daño que pretende evitarse, quien produce el daño que pretende hacerse cesar o mitigarse y

la ‘playita’. Sin embargo, las constancias del expediente han hablado por sí mismas abriendo camino a la función preventiva del daño como atributo de los jueces...”

(37) CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 — dec. 1563/2004”, Fallos 332:111.

aquel sujeto a quien la ley manda, en cuanto de él dependa, a adoptar las medidas que “de buena fe y conforme las circunstancias” eviten que se produzca una daño o disminuyan su magnitud (art. 1710, Cód. Civ. y Com.).

III.2.f. Límites: criterios de menor restricción posible y medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad

Si bien la cuestión de este acápite se encuentra incluida en el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. que regula aspectos atinentes a la sentencia y a los tipos de obligaciones que puede imponer el juez —lo que podría llevar a pensar que, entonces, se trata de aspectos a evaluar una vez determinada la procedencia de la “acción preventiva”—, consideramos que en rigor se trata de dos importantes presupuestos, y dicha norma viene a ser la contracara del art. 1711.

Con ello se quiere significar que la exigencia de la norma al juez para que pondere criterios de menor restricción posible y los medios más idóneos para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad, en rigor, hacen mella en la esencia de la acción preventiva: la eficacia en la obtención de la finalidad.

Desde un aspecto si se quiere cualitativo, ello se manifiesta en el hecho de que, como se ha señalado, debe existir posibilidad material de detener la acción o subsanar la omisión que genera el daño (38); en efecto una pretensión de cumplimiento imposible o abstracta, carecerá de un requisito común a cualquier pretensión procesal, que es que su objeto se idóneo y jurídica y fácticamente posible, más allá de que tal razonamiento deriva de la propia lógica.

El otro aspecto, que podría llamarse cuantitativo, se vincula con la ponderación del juez sobre el costo-beneficio de inhibir o detener la actividad de un sujeto que en principio no causa daño actual. En otras palabras, si vale la pena desde un punto de vista tanto económico como del sacrificio de libertades personales, restringir esa actividad para prevenir ese daño en concreto que se invoca.

(38) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 233.

Creemos que este análisis deviene esencial en el aspecto sobre el que los redactores del Anteproyecto imaginaron el mayor uso de la acción preventiva; esto es, para la protección de los derechos personalísimos.

En efecto, el análisis que manda realizar al juez el art. 1713 del Cód. Civ. y Com. deviene imprescindible (aún si dicha norma no existiere), en los casos en los que la prevención de un daño a un interés o derecho personalísimo (v.gr., el honor, la dignidad, la intimidad) supusiera la restricción o afectación de otro derecho o garantía constitucional como ser, p. ej., la libertad de expresión en alguna o todas sus dimensiones (individuales, sociales, políticas, etc.) y, particularmente, la prohibición de la censura previa.

Sería un tanto presuntuoso intentar resolver dicha cuestión en estas líneas (39), y mucho menos en el análisis de una norma como el art. 1713 del Cód. Civ. y Com., pero resulta imprescindible ponderar esta cuestión para la resolución de tales casos.

Desde otro punto de vista, el art. 1713 no hace más que reproducir lo que se encuentra implícito en la decisión de un caso de acción preventiva (arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com.): la ponderación de los derechos constitucionales en juego en el caso en concreto.

Es así que una pretensión que a primera vista reúne todos los presupuestos —que, además, logran ser acreditados—, a tenor de lo que dispone el art. 1713 podría ser desestimada, o readecuada de oficio por el juez, luego de ponderar la colisión de los derechos constitucionales en concreto, tanto del legitimado activo como del pasivo.

IV. Aspectos procesales

Antes de abordar algunos aspectos particulares, merece destacarse en líneas generales que el Código Civil y Comercial de la Nación en los arts. 52, 1710 a 1713 y 1770, entre otras normas, regula los aspectos sustanciales de la acción

preventiva y no los procesales, más allá de que el derecho procesal y sus normas deben proveer las herramientas necesarias para garantizar la eficacia de la regulación sustancial (tutela judicial efectiva) y, en definitiva, de los derechos protegidos, así como también garantizar los derechos de los legitimados pasivos (arts. 16, 18 y ccs. de la CN), puesto que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías” (40).

IV.1. Tipo de proceso. Distinciones con las “medidas autosatisfactivas”, con las medidas de tutela anticipada y con las medidas cautelares innovativas en general

El tipo de proceso dependerá del grado de conocimiento que sea exigible para la pretensión que se promueva, la urgencia con la que quepa resolverla y el tipo de intereses o derechos que se encuentren en conflicto (si individuales o colectivos).

En el ámbito nacional y ante ausencia de normativa específica, la “acción preventiva” de fondo e individual (aun cuando medie litisconsorcio activo o pasivo), tramitará según las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que prevé dos tipos de procesos de conocimiento, ordinario y sumarísimo (arts. 319, 321 y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Com.), más allá de que podría acudir al trámite de los incidentes (arts. 175 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com.) cuando la pretensión derive de un proceso principal en trámite por otro objeto o similar (v.gr., acción resarcitoria) (41), o cuando la legislación aplicable remita al procedimiento más breve que

(40) CS, 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - dec. 1563/2004”, Fallos 332:111, con cita, sobre el punto, de Fallos 239:459; 241:291 y 315:1492.

(41) En este sentido, véase CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, Revista del Código Civil y Comercial de La Ley 2015 (agosto), p. 3; QUADRI, Gabriel H., “Prevención y reparación de daños en el Código Civil

(39) Sugerimos la lectura del exhaustivo estudio de TOLLER, Fernando M., “El formalismo en la libertad de expresión. Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

prevea la ley local (p. ej., art. 53 de la ley 24.240), y el juez considerara que aquel trámite es más breve que el sumarísimo.

Asimismo, ningún obstáculo existe para que la cuestión tramite por la vía del amparo (art. 43 de la CN, ley 16.986; art. 321 del Cód. Proc. Civ. y Com.), si se constatan los presupuestos que habilitan dicha vía (42). Al respecto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes, toda vez que tiene por objeto una efectiva protección de derecho más que una ordenación o resguardo de competencias y los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (43).

Ahora bien, en caso de que se verificara una acción preventiva de fondo de tipo colectivo, sea porque verse sobre la protección de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos (arts. 14 del Cód. Civ. y Com.; 43 de la CN), en el ámbito nacional resultará aplicable el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos (aprobado por Acordada 12/16), la Acordada 32/14 del Máximo Tribunal que crea el Registro Público de Procesos Colectivos, los antecedentes del derecho comparado reseñados en tales acordadas y los criterios jurisprudenciales que fue deliniando la CS en la materia. Sin embargo, es de hacer notar sobre la insuficiencia o incompletitud de dicha regulación, ya que resulta necesaria la sanción de una ley o código que regule exhaustivamente el proceso colectivo.

Pues en definitiva, lo que resulta trascendente en orden a respetar las garantías del debido pro-

y Comercial”, LA LEY del 29/06/2016, p. 1 - LA LEY 2016-D, 811.

(42) Véase similares distinciones efectuadas por el Dr. Lorenzetti en su voto en disidencia, en CS, 26/05/2010, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c. Comisión Nacional de Energía Atómica”, CS, Fallos: 333:748.

(43) CS, 02/03/2016, “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”, Fallos 339:201.

ceso, es que el proceso y las “reglas del juego” [en felices términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (44)], se encuentren determinadas por la ley o en su defecto sean adaptadas por el juez en los casos donde ello se justificare y con el debido respeto de las garantías constitucionales (45), de modo de que las partes puedan ajustar su actuación a dichos parámetros.

Repárese que el hecho de que el proceso (o las normas procesales) se encuentre correctamente determinado, lejos de resultar una cuestión teórica, tiene notable incidencia práctica y en la efectiva concreción de los derechos (muchas veces fundamentales) que pretenden resguardarse con una acción preventiva, pues de lo contrario, las partes podrían desconocer los requisitos que debe contener la demanda, los plazos para contestarla, el modo de llevar a cabo las notificaciones, los recursos disponibles, los plazos de interposición y sus efectos, las facultades, cargas y deberes de los intervinientes procesales, la posibilidad de que caduque o no la instancia, entre muchas otras cuestiones.

En otro orden de ideas, dependiendo del tipo de pretensión y su urgencia, se ha admitido en ciertos casos el proveimiento de una acción preventiva con carácter de medida autosatisfactiva o tutela de satisfacción inmediata (46), institu-

(44) Tiene dicho el Máximo Tribunal Federal que “las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales”, sin que el proceso judicial pueda constituir un ‘juego de sorpresas’ que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas” (CS, 06/09/2016, “Abarca, Walter J. y otros el Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16:986”, FLP 1319/2016/CSJ).

(45) Véanse, p. ej., las reglas impuestas por la CS en la resolución dictada el 22 de agosto de 2007 (Fallos 330:3663), durante la sustanciación en competencia originaria del expediente “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”.

(46) Véase, p. ej., lo señalado por DE LOS SANTOS, Mabel A., en “Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República”, ponencia General presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en las Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, República

to procesal de creación pretoriana y doctrinaria que no cuenta con expresa recepción legislativa en el ámbito nacional ni en la Provincia de Buenos Aires (47), y que ha sido ocasionalmente admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por mayoría (48), aunque implícitamente rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (49).

Desde nuestra óptica, no es posible el dictado de una sentencia con carácter o efectos de cosa juzgada material (o que resuelva definitiva un conflicto) sin el respeto del contradictorio, por más urgencia y/o evidencia que haya en la pretensión que exhiba el actor.

Ello así pues la urgencia o evidencia de una pretensión pueden ser perfectamente canalizadas a través del dictado de medidas cautelares innovativas (arts. 230 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.), cuando se constaten los presupuestos de las medidas cautelares en orden al tipo de derecho que se pretende (prevención de daños).

Sobre el particular, destacamos que deben distinguirse las obligaciones de hacer, de no hacer o de dar que el juez puede disponer “en forma provisoria” en la sentencia (art. 1713 del Cód. Civ. y Com.), de la pretensión preventiva de carácter cautelar (50), v.gr., como tutela an-

Argentina el 14, 15 y 16 de septiembre de 2017, disponible en <http://congresoderechoprosesal2017.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/Tema-1-Mabel-de-los-Santos-Incidencia-del-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-en-los-C%C3%B3digos-Procesales-Civiles-y-Comerciales-de-la-Rep%C3%ABlica.pdf>, acceso del día 21/01/2019.

(47) Véanse al respecto, las reflexiones de KIELMANOVICH, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 7ª ed., t. I, ps. 481-5.

(48) SCBA, 06/04/2016, “L. M. G. c. N., W. S. s/ medida precautoria”, C. 119.234, votos concurrentes de los Dres. Negri, Genoud (que adhiere el precedente), De Lázzari y Soria.

(49) Véase, por caso, punto III del Dictamen de la Procuradora Fiscal al que, por mayoría, remite la Corte Suprema, en CS, 18/12/2007, “Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios c. COA Construcciones y Servicios SA s/ medida autosatisfactiva”, Fallos 330:5251.

(50) En este sentido, ver ARAZI, Roland, “Acción preventiva y medidas cautelares”, disponible en [ticipada, según los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.](http://fun-</p>
</div>
<div data-bbox=)

En efecto, el juez puede, luego de llevado a cabo un proceso de conocimiento pleno o abreviado, dictar una sentencia que resuelva definitivamente la cuestión —incluso con fuerza de cosa juzgada material—, pero por medio de la cual imponga a alguno o a todos los legitimados pasivos obligaciones de dar, de hacer o de no hacer en forma provisoria, ponderando precisamente que con ello cumpliría con los criterios de menor restricción posible y del medio más idóneo del art. 1713 del Cód. Civ. y Com.

Ello es bien diferente de disponer lo que se denomina una “tutela anticipada” que, adelantamos, para nosotros —siguiendo pacífico criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, tiene siempre carácter cautelar, al ser instrumental de una pretensión de fondo que necesariamente deber decidir sobre el derecho o no de prevenir en ese caso en concreto (51).

Es que la viabilidad de la “tutela anticipada” se constata cuando, por razones de urgencia o cuestiones que deben resolverse indefectiblemente durante el trámite de los juicios, o ante el posible acaecimiento de perjuicios que —de no actuarse a tiempo— podrían tornarse irreparables, se haga necesario decretar medidas (o mandatos) que impliquen de algún modo resolver, provisoriamente y mientras dura el trámite de un proceso, lo que a primera vista pareciera ser materia de decisión en la sentencia definitiva.

Explica Rivas que, en tal caso, el juez no adquiere un grado de certeza suficiente para permitirle resolver definitivamente la cuestión, pero la urgencia de la situación lo autoriza a decidir con los elementos de juicio existentes en

desi.com.ar/accion-preventiva-medidas-cautelares/, del 07/11/2017, acceso del día 21/01/2019.

(51) No parecieran participar de esta opinión, CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, Revista del Código Civil y Comercial de La Ley 2015 (agosto), p. 3, y QUADRI, Gabriel H., “Prevención y reparación de daños en el Código Civil y Comercial”, LA LEY del 29/06/2016, p. 1 - LA LEY 2016-D, 811, aunque también pensamos que los destacados autores, en lo sustancial, plantean las mismas ideas, aunque con diverso enfoque.

forma provisional (52). Es decir, estas medidas de tutela anticipada tienen como finalidad que el tiempo que insume el proceso no torne ilusorio el derecho del peticionario, agrave los perjuicios ocasionados o directamente los torne irreparables (53).

La Corte Suprema ha delineado los contornos de la denominada tutela anticipada en dos importantes precedentes, en los cuales el actor pretendía una indemnización por un daño acaecido, pero a su vez requirió cautelarmente una suerte de anticipo de la decisión de fondo (sin que empero, quepa confundirlas en su objeto inmediato) por los daños que se le seguían produciendo y se agravarían de no actuar prontamente y de esperar a la sentencia definitiva.

El primer fallo dictado por el Máximo Tribunal sobre la materia fue “Camacho Acosta” (54), criterio que luego fuera actualizado y precisado en el fallo “Pardo” (55) y otros precedentes, hasta la actualidad (56).

En el primero de ellos, la Corte sostuvo que el anticipo de jurisdicción en el examen de las medidas cautelares innovativas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del actor, pues en rigor lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado.

(52) RIVAS, Adolfo A., “La jurisdicción anticipatoria”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995; del mismo autor, “La revolución procesal”, en Revista de Derecho Procesal, 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 113.

(53) FALCÓN, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. V, p. 111; DE LÁZZARI, Eduardo, “La cautela material”, JA, 1996-IV-651; PEYRANO, Jorge W., “Lo urgente y lo cautelar”, JA, 1995-IV-651.

(54) CS, 07/08/1997, “Camacho Acosta”, Fallos 320:1633.

(55) CS, 06/12/2011, “Pardo, H. P. y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPC”, Fallos, 334:1691.

(56) CS, 11/12/2018, “Olivo, Pablo Ezequiel y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Originario, CSJ 467/2016.

En el precedente “Pardo”, la Corte, con mayor precisión, resolvió que el anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de medidas cautelares de tutela anticipatoria, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual a los fines de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquellos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal.

Como se ve, la tutela anticipada, si bien tiene un indudable efecto preventivo, mitigador o de cese del daño, es una medida cautelar de tipo innovativa que tiene presupuestos propios (arts. 195, 197, 198, 230 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.) y en algunos casos diversos de los de la acción preventiva (arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com.), aun cuando en un caso en concreto ambas puedan resultar procedentes o, en otras palabras, ambas puedan ser continente jurídico de la pretensión urgente y preventiva del actor.

Lo cierto es que, la medida cautelar como tal posee naturaleza instrumental y de allí los presupuestos y alcances que cabe otorgarle; lo que no quita que la legislación procesal que vaya a regular el instituto de la acción preventiva, deba necesariamente incluirlo dentro del elenco de procesos urgentes, en feliz expresión y desarrollo de Kielmanovich (57), que pueda o no otorgar certeza material, pero que al menos constituya un marco procesal que garantice la eficacia por un lado y el derecho de defensa en juicio del demandado por el otro.

IV.2. A pedido de parte o de oficio. Posibilidad de imponer mandatos preventivos a quien no resultó demandado

Entendemos que, a partir de lo que disponen los arts. 1º, 2º, 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y 2º de la ley 27, el juez no puede actuar en prevención de un daño sin que se le hubiese planteado un caso contencioso (es de-

(57) KIELMANOVICH, Jorge L., “Medidas cautelares”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, ps. 38 y ss.

cir, no podría promover un caso, investigar de oficio sin un caso, o, en otras palabras, asumir un rol que le compete al Ministerio Público o a los organismos creados al efecto), y sin que, desde luego, se encuentren acreditados los presupuestos de procedencia.

Lo que sí le estaría permitido, según el texto del art. 1713 del Cód. Civ. y Com. leído en clave constitucional, es dictar oficiosamente una resolución (con carácter cautelar o definitiva, según el caso) que imponga obligaciones de hacer, de no hacer y de dar con el objeto de prevenir daños, una vez suscitada su intervención en una actuación judicial de la que surjan acreditados los presupuestos sustanciales de la “acción preventiva”, solución esta que ha tenido gran predicamento en la jurisprudencia, incluso anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (58). Desde luego que en caso de litigios donde se denuncien violaciones de derechos fundamentales y, sobre todo, de personas en estado de vulnerabilidad, la actuación del juez se torna más oficiosa y activa, acentuándose sus facultades ordenatorias e instructorias, incluso en materia probatoria y desde luego decisoria.

Ahora bien, sentado lo expuesto, cabe preguntarse si tal carácter oficioso de su actuación, lo que disponen los arts. 1710, inc. b) y el 1713 del Cód. Civ. y Com. o el rol social que para algunos autores y precedentes tendría actualmente el juez o el proceso civil (aspecto que no compartimos con la amplitud propuesta), admitiría la imposición en la sentencia de obligaciones de hacer, de no hacer y de dar en cabeza de sujetos que no fueron parte. En otras palabras, ¿puede dictarse un mandato preventivo contra quien no fue parte?

En un interesante precedente anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (59), la pretensión principal era el resar-

cimiento por la muerte de un niño en las aguas de un río, reclamo que se dirigió contra el Club demandado en su carácter de propietario de la “isla”, “guardián” de la playa donde desembocaban las aguas donde falleció el niño, aguas que también eran aprovechadas por el Club, sobre todo para actividades náuticas. También se dirigió el reclamo contra los directivos, lo que fue rechazado en la sentencia. A dicho reclamo, se le adicionó en la demanda un pedido con carácter cautelar para que se clausure la playa en donde se produjo el fallecimiento de aquel.

En lo que aquí interesa, la vocal votante en primer término —al que en lo sustancial adhirió la mayoría—, reconoció que la pretensión de clausura de la playa lo fue únicamente con carácter cautelar y no integró la pretensión de fondo. No obstante, precisó que había quedado demostrado en el expediente que quienes concurren a la “isla” en días calurosos suelen bañarse en las aguas turbias del canal fangoso que sirve, en teoría, como amarradero; continúa explicando que la permisión —siquiera tácita— de chapuzones e inmersiones en ese cauce de agua ocasiona un serio riesgo para los usuarios o bañistas, en especial para los niños, por lo que el examen de la cuestión ha dejado entrever una situación de peligro común. Expresó entonces que la sustanciación del proceso le ha dado la oportunidad de conocer la posibilidad de que el daño sucedido se repita en detrimento de sujetos ajenos al pleito, por lo que advertido un grave peligro, cual es la certera posibilidad de ulteriores accidentes similares al de autos, se impone el rol social que es llamado a cumplir el Poder Judicial, a través —en ese caso— de la función preventiva. Ello la lleva a considerar que el principio de congruencia no se altera cuando cabe deducir de la ley la facultad judicial para obrar de oficio; que no se advierte cuál principio de derecho podría oponerse a la supresión de la fuente del daño; que debe evitarse confundir una postura excesivamente individualista con una posición garantizadora del debido proceso; y que la protección judicial de la infancia se efectúa de oficio, según criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cita (CS, “Scaccheri de López, María s/ denuncia”, 29/10/1987, JA 1987/

(58) SCBA, 30/05/2005, “Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejada, Gustavo Javier y otra. Daños y perjuicios”, Ac. 82.656; CNCiv., sala C, 10/02/2015, “P., A. E. y otros c. C. N. H. y otros s/ daños y perjuicios” y “K. de I., M. L. c. C. N. H. s/ daños y perjuicios” (exptes. 116.737/2005 y 38.887/2007, respectivamente), L. CIV 116737/2005/CA001 y CIV 038887/2007/CA001.

(59) CNCiv., sala C, 10/02/2015, “P., A. E. y otros c. C. N. H. y otros s/ daños y perjuicios” y “K. de I., M. L. c.

C. N. H. s/ daños y perjuicios” (exptes. 116.737/2005 y 38.887/2007, respectivamente), L. CIV 116737/2005/CA001 y CIV 038887/2007/CA001.

IV-760, Cita Online AP: 4/14526). Por lo demás, considera que la tutela inhibitoria, en tanto constituye un enunciado general aplicable a todas las hipótesis en que se pretende disuadir la producción de un daño, presupone una legitimación amplia, en tanto que no solo procura satisfacer derechos individuales de una persona, sino también derechos de terceros e intereses difusos, de conformidad con lo que previene el art. 43 de la CN. Más allá de lo dicho, destaca que el reseñado “poder-deber” preventivo ha de ser ejercido con prudencia y estricta proporcionalidad y razonabilidad para no ocasionar perjuicios desmesurados. Al momento de evaluar la concreta medida preventiva que debe disponer, expresa que a su juicio, la clausura del “solárium” aparece como desmedida, por lo que para hacer cesar el peligro basta con disponer otra medida, que consistió en exhortar a la Municipalidad de Tigre para que, en el plazo de 15 días inspeccione la “isla” del “Club Náutico Hacoaj” y: 1) verifique la colocación en distintos sectores del terreno de carteles de tamaño considerable, bien visibles, con el texto “Prohibido bañarse. Aguas peligrosas”, obligación que surge de la res. 1452/2004 de dicha Municipalidad, dictada el 18 de junio de 2004; 2) analice la factibilidad de construir una pasarela, sendero o tablestacado de madera, con mínimos requisitos de accesibilidad al curso de agua y amarres para los botes, a lo largo de la ribera contigua al “solárium”, para lograr que el canal en cuestión sea usado exclusivamente como amarradero; y 3) reexamine los términos en que fueron otorgadas las habilitaciones municipales que atañen a la sede “isla” y evalúe si, de acuerdo con las actividades allí realizadas, corresponde exigírsele cierto servicio de guardavidas, con arreglo a lo establecido en el dec. 27/1989 de la Provincia de Buenos Aires.

Sin perjuicio de los sólidos fundamentos y las desde ya loables finalidades de la sentencia anotada, la solución final adoptada y que se transcribió precedentemente, presenta ciertos problemas que nos inclinan por pensar que dicha decisión constituye un exceso en la aplicación de la tutela preventiva “de oficio”.

En efecto, no cabe más que acordar con las consideraciones explicitadas sobre la importancia de la prevención y cierto rol social que podría caberle al juez en tales específicos su-

puestos, así como la posibilidad de actuar oficiosamente en tales casos.

No obstante, ello no permite colegir sin más en que puedan imponérsele obligaciones de hacer a la Municipalidad de Tigre que no había sido citada como demandada o tercero y que ni siquiera fue oída con anterioridad a dicha resolución. Desde luego corresponde evaluar en cada caso la situación y la intervención que le cupo al destinatario de la medida preventiva, pero en el caso, lo lógico hubiese sido que, tratándose de una Municipalidad provincial, se oficie previamente al Fiscal del Estado de la Provincia de Buenos Aires para que, a la luz de las consideraciones efectuadas en la sentencia, evalúe las acciones que se le “imponen” por la situación que surgía del expediente y se le brinde la posibilidad a la Municipalidad de presentar aunque sea un descargo fundado que, de no poder ser canalizado en el marco de dicho traslado o con una pequeña y sumaria producción de prueba, indudablemente debería ser objeto de un proceso contra dicho legitimado pasivo que resguarde el derecho de defensa y su posibilidad de probar los hechos que invoca como oposición al mandato preventivo.

Trasladado ello a la hora actual, tal medida además hubiera estado vedada a partir de lo dispuesto por los arts. 1764 a 1766 del Cód. Civ. y Com., y en especial por el art. 1765, respecto de los cuales cabría declararlos inconstitucionales en el caso en concreto para poder proceder del modo antedicho.

IV.3. Provisoria o definitiva

El art. 1713 del Cód. Civ. y Com. no se refiere al carácter de la resolución sino al tipo de obligación que el juez puede imponer.

Y no podía ser de otra forma, pues el carácter de la resolución dependerá, en primera medida, del modo de intervención de la parte afectada por la manda del juez (es decir, el virtual “condenado”), puesto que un proceso sin su intervención no puede derivar en una resolución de tipo definitiva y con carácter de cosa juzgada material contra aquel con el solo argumento de que el art. 1713 así lo diría (lo que reafirma nuestra idea que no se trata de una norma de tipo procesal), puesto que ello sería atentatorio

de derechos y garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y la defensa en juicio (arts. 16 y 18 de la CN).

Es que, desde otro ángulo, también puede ocurrir que la decisión definitiva y con carácter de cosa juzgada material, contenga una obligación de hacer o de dar que no sea de duración eterna sino provisoria, lo que dependerá de las circunstancias de cada caso.

De allí que quepa distinguir el tipo de obligación que manda cumplir la resolución judicial, del carácter de esta última.

IV.4. Consecuencias del incumplimiento de la resolución judicial preventiva

Un tema que llama a la reflexión y que requiere de un detenido estudio (aquí solo dejaremos planteados los interrogantes), es el vinculado con las consecuencias que produce en el obligado el incumplimiento de la manda judicial que establece en cabeza suya obligaciones de hacer, de no hacer o de dar, aspecto que anida directamente en la eficacia de la prevención de tipo judicial.

En otras palabras, la eficacia de la acción preventiva establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación como un derecho sustancial, va a depender casi exclusivamente de la eficacia en el cumplimiento de la resolución judicial que mande prevenir; y dicha eficacia está atada a los medios y/o herramientas con las que cuente el juez para hacer cumplir su resolución. Lo contrario, es decir, no abocarse a dicho estudio, dejaría vacía a la acción preventiva con dos posibles y peligrosos resultados: o bien que dependa del voluntario acatamiento del obligado, o bien que por esa vía se violenten derechos constitucionales con la pretensión de proteger otros.

Es que en el modo de cumplimiento de la acción preventiva y en las hipótesis que pueden presentarse, es donde se ve el grado de eficacia de una regulación normativa, si no pretenden quedarse en una mera declamación o, por el contrario, transformarse en una peligrosa herramienta de cercenamiento de derechos.

Por una parte, en el campo exclusivamente patrimonial (v.gr., la detención de una obra que

produce o puede producir daños, la obligación de efectuar arreglos en un paso a nivel de una barrera o de colocar un cerco perimetral en un espejo de agua público riesgoso que no cuenta con guardavidas y al cual acceden niños, etc.) o en materia ambiental (v.gr., la detención coactiva de una obra o actividad potencialmente contaminante), desde lo fáctico, quizá haya más margen de maniobra para el juez para ordenar realizar una obra, construcción, remoción de algún elemento, etc. y, en caso de incumplimiento, mandar a realizar dicha actividad por un tercero a costa del demandado, con arreglo a lo dispuesto por el art. 513 del Cód. Procesal.

Desde luego, aquí se presenta un primer problema si quien debe realizar la obra es el propio Estado, a partir de las disposiciones de los arts. 1764 a 1766 y la ley 26.944, y un segundo problema, que es de qué modo podría un juez obtener los fondos para llevar a cabo la obra y quién la llevaría a cabo en caso de incumplimiento.

Pero, por otra parte, también se presenta un gran desafío en el ámbito en donde los redactores del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. proyectaron el mayor campo de aplicación de la acción preventiva: esto es, en el ámbito de los derechos personalísimos.

Pensamos así por cuanto una orden de un juez para que una persona se abstenga de decir o hacer algo (en definitiva, de expresarse) en protección del honor o la intimidad de otra, opera directamente, en un primer estadio, sobre la libertad de expresión del obligado, y en un segundo y más profundo estadio, sobre su libertad a secas, pues la única manera de impedir efectivamente que alguien se exprese, por cualquier medio —oral, señas, etc.— es a través de la coacción.

De allí que la pregunta que quepa hacerse es ¿de qué modo puede un juez proteger alguno de los derechos consagrados en el art. 52 del Cód. Civ. y Com. efectivamente? **(60)** Y esa pregunta resulta esencial, pues no es de esperar que

(60) Determinantes reflexiones se encuentran en el profundo estudio de TOLLER, Fernando M., "El formalismo en la libertad de expresión. Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

se establezca una regulación normativa con un efecto meramente educador o disuasivo, o a la espera de que los sujetos cumplan voluntariamente con la sentencia, pues, huelga decirlo, el voluntario acatamiento de la ley hace innecesaria la actuación judicial en prevención de daños.

Sabido es que el ordenamiento jurídico prevé herramientas que tradicionalmente han sido utilizadas ante el incumplimiento de medidas judiciales, como ser las “astreintes” o sanciones conminatorias (arts. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 804 del Cód. Civ. y Com.), las que se erigen —entendemos— en las herramientas principales en esta área, a lo que se suman las posibilidades de ordenar el “retiro” o “bloqueo” de determinar sitios web o de resultados de búsquedas en los buscadores masivos (Google, por ejemplo), de expresiones injuriantes o de imágenes publicadas no autorizadas por la ley o por el sujeto de que se trate.

Pero en este ámbito forzoso es reconocer que la imposición de una obligación de dar, de hacer o de no hacer bajo la “amenaza” de imposición de sanciones conminatorias o ya la “orden” de retirar o bloquear un sitio o una imagen al público, no supone en purismo una medida de prevención concreta y directa del daño, sino más bien indirecta y supeditada al voluntario cumplimiento del destinatario de la manda, aun cuando luego se hagan efectivas tales sanciones en caso de incumplimiento, puesto que, en tal caso el daño ya se habría producido y la acción preventiva carecería de mayor utilidad práctica, ya que, más allá del cobro de la suma que corresponda por sanciones conminatorias (que, vale recordar, además, de todo pueden ser dejadas sin efecto si se dan ciertas condiciones), al afectado le quedará acudir a la vía resarcitoria. Ni qué decir que la imposición luego de daños punitivos, a partir de la conducta desaprensiva desplegada por el destinatario de la medida, tampoco se trataría —como ya tuviéramos oportunidad de expresarlo— de la función preventiva, sino de la punitiva o sancionatoria, aun cuando persiguieran ambas la misma finalidad.

Como se puede apreciar entonces y en ambas situaciones (cuestiones de índole patrimonial como obras, o protección de los derechos personalísimos), la máxima efectividad de la acción preventiva se encuentra condicionada, primero,

a la posibilidad fáctica y jurídica del juez de prevenir el daño, y luego, a las herramientas técnicas, materiales y humanas con las que este cuenta para hacerlo.

De todos modos, en el ínterin, pensamos que corresponde acudir en todo caso a las normas que expresamente prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el incumplimiento de sentencias que contienen obligaciones de hacer o no hacer (arts. 513, 514 del Cód. Procesal), las cuales, además, están en concordancia con los tradicionales efectos de las obligaciones, actualmente previstos por los arts. 730 y conchs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

IV.5. Reflexiones generales sobre la regulación procesal de la acción preventiva

Cierto es que la ley en muchos casos establece el proceso aplicable a una pretensión de tipo preventivo, según la materia sobre la cual recae el conflicto (61).

Hasta la fecha, teniendo en cuenta que nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no cuenta con un adecuado régimen procesal para encauzar las pretensión de este tipo, son la doctrina y la jurisprudencia las que van delineando los posibles marcos de actuación en la materia, a partir de la adaptación de las medidas cautelares innovativas o de tutela anticipada, de la flexibilización del amparo y, no sin ciertas polémicas, del despacho de las denominadas medidas autosatisfactivas o tutelas de satisfacción inmediata.

No obstante, resulta imperiosa la regulación de la materia procesal (de regulación principalmente local, arts. 75, inc. 12 y 121 de la CN), cuanto menos del proceso colectivo, de modo de brindar un marco procesal certero para el ejercicio de la acción preventiva de tipo colectivo (art. 14, inc. b del Cód. Civ. y Com.); en el caso de acciones individuales y más allá de la necesidad de urgente reforma y actualización del actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debiera regularse con mayor precisión al menos el régimen cautelar y el de tutelas urgentes, con especial tratamiento de las vías

(61) Por ejemplo, remitiendo al proceso más breve que prevea la ley local, o fijando el proceso sumarísimo.

recursivas, las cargas, deberes y derechos de las partes, y sobre todo la materia probatoria.

Ello puesto que, sin un sistema y marco procesal adecuado, la posibilidad que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación de actuar en prevención de daños puede generar mayores conflictos de los que pretende evitar, sea por un exceso en la tutela de la prevención en desmedro de los derechos de los legitimados pasivos, o viceversa.

En este sentido, el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (62) intentaría dar respuesta a esta temática, p. ej., al regular específicamente los procesos urgentes, previendo que lo allí resuelto podría ser revisado en un proceso posterior (art. 439), trámite que —entendemos, desde un análisis preliminar— podría ser utilizado para canalizar pretensiones preventivas que, por su urgencia, no puedan desarrollarse por la vía del proceso por audiencias que ese mismo Anteproyecto prevé (arts. 401 y ss.) y que requieran de la intervención de la contraria por los derechos que puedan verse afectados; y ello, claro está y como se señala incluso en el art. 439 del Anteproyecto, sin perjuicio de la posibilidad de requerir medidas cautelares, como las innovativas previstas en dicho ordenamiento proyectado (art. 183), de un modo similar a como se encuentran reguladas en el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por otra parte, se advierte que el Anteproyecto prevé expresamente la denominada “tutela de urgencia” con contornos específicos —similares a los de la ‘tutela anticipada’ que explicitáramos más arriba—, aunque no pareciera ser estrictamente aplicable a la acción preventiva, en tanto se señala que “el pedido, solo podrá versar sobre prestaciones dinerarias o reducibles a sumas de dinero y podrá consistir en el anticipo total o parcial de lo reclamado”.

En el punto siguiente veremos que la aplicación concreta de la acción preventiva puede

llegar a requerir de estructuras procesales que, si bien deben estar previstas en términos generales para dotar de certeza a la actuación de las partes, deben también tener cierto grado de flexibilidad (que probablemente pueda verse reflejado en la regulación de las facultades y los poderes del Juez, para poder dar adecuado cauce y eficacia a las pretensiones aludidas).

V. Aplicación particular de la acción preventiva

No puede perderse de vista que las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de prevención de daños coexisten con otras normas de carácter constitucional, convencional (internacional), legal y/o administrativo, que ya se encontraban vigentes con anterioridad al 1º de agosto de 2015 (fecha de su entrada en vigencia) o que fueron incorporadas en el mismo Código o en normativa posterior y que también propenden a la prevención de determinados tipos de daños, según sea el bien jurídico o sujeto protegido.

En este punto, nos dedicaremos entonces a analizar supuestos particulares de aplicación de la acción preventiva, lo que nos permitirá evaluar a la postre, si bien de un modo general y desde ya sin pretensión de agotar esta vastísima temática, el verdadero impacto de dicha normativa en los casos que deben ser resueltos y, en definitiva, en la vida de las personas.

V.1. La acción preventiva en prevención de daños físicos o de carácter patrimonial

Pensamos que es en esta área donde adquirió notoriedad y relevancia la faceta “preventiva” de la responsabilidad civil y derecho de daños con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo los casos paradigmáticos los ya citados en este trabajo a los que remitimos para evitar reiteraciones innecesarias (63), a los que cabe agregar un fallo dictado

(62) Elaborado por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ con los ajustes indicados por la Dirección de Asistencia Técnica y Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en agosto de 2019.

(63) SCBA, 30/05/2005, “Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejeda, Gustavo J. y otra. Daños y perjuicios”, Ac. 82.656; CNCiv., sala C, 10/02/2015, “P., A. E. y otros c. C. N. H. y otros s/ daños y perjuicios” y “K. de I., M. L. c. C. N. H. s/ daños y perjuicios” (exptes. 116.737/2005 y 38.887/2007, respectivamente), L. CIV 116737/2005/CA001 y CIV 038887/2007/CA001.

por la Cámara Federal de La Plata en 1988 (64) y previamente el precedente que sentenció como juez de primera instancia el Dr. Héctor Pedro Iribarne en 1986 (65) —luego revocado por la Cámara—, aunque quepa aclarar que en tales casos resultaba aplicable el art. 289 del Código de Minería (66) (y la competencia que en tal contexto atribuía el art. 50 de la ley 5827 provincial a los jueces).

A partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial registramos un interesante precedente dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (67), que tomaremos a modo de ejemplo para ilustrar el punto.

En este caso, la actora pretendía, por una parte, un resarcimiento por los daños sufridos como pasajera del Ferrocarril Sarmiento cuando —según refiere— se cayó al ingresar en la estación ferroviaria, por unas chapas colocadas en espacio de tránsito peatonal que eran muy resbaladizas. Por otra parte, requirió una medida preventiva enderezada a que se removieran la totalidad de las chapas similares existentes en la estación Moreno, así como también en las restantes estaciones. Según se lee en la resolución de la Alzada, “la actora pidió que se

(64) CFed. La Plata, Sala III, 08/08/1988, “Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional - Ejército Argentino”, LA LEY 1989-C, 117 - ED 131, 137 - DJ 1989-2, 610.

(65) Véase Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial de Morón, 08/07/1986, “Altamirano, Elsa, R. c. Cerámica Martín SA y otros”, LA LEY 1987-D, 373, Cita online: Cita online: AR/JUR/1701/1987, y fallo de Cámara que lo revoca en tal aspecto: CCiv.yCom. Morón, sala II, 05/02/1987, “Altamirano, Elsa R. c. Cerámica Martín SA, y otros”, LA LEY 1987-D, 373, Cita online: Cita online: AR/JUR/1701/1987. No obstante, el Dr. Iribarne también aludió tangencialmente a los principios que informaban los arts. 2513 y 2514 del Cód. Civil ahora derogado.

(66) Que autoriza al juez “en caso de sobrevenir algún accidente que ocasione muerte, heridas o lesiones u otros daños” a “adoptar las medidas necesarias para hacer desaparecer el peligro; Valiéndose al efecto del ingeniero o perito que exista en el asiento minero. Sin perjuicio de ello, procederá a levantar información sumaria de los hechos y sus causas”.

(67) CNCiv., sala M, 11/04/2019, “Rodríguez, Lucila M. c. Nación Seguros SA y otro s/ daños y perjuicios”, LA LEY 2019-C, 112 - Revista Código Civil y Comercial (RCCyC), 9, año V, octubre 2019, p. 125 - Cita online: Cita online: AR/JUR/6310/2019.

quiten todas las chapas similares a las descritas en el escrito de inicio expuestas a ser pisadas por los usuarios del ferrocarril Sarmiento en condiciones climáticas adversas, sin los métodos antideslizantes correspondientes, y que aún existan tanto en la estación Moreno y como en las restantes estaciones de esa línea ferroviaria. Asimismo, requirió que se brinde cierta información vinculada con el relevamiento y prevención de hechos similares a los que motivaron la promoción de esta causa, como así también se comuniqué qué conducta asumió la demandada ante hechos como los relatados en la demanda.” Señala la Cámara: “El Sr. Juez de grado fundó el diferimiento de la decisión respecto de tales pedidos en ‘la falta de elementos de juicio que, dada la etapa del proceso, refieran a la previsibilidad de un riesgo inminente y concreto o de una situación actual idónea para producir un daño futuro’”.

Luego de reseñar los fundamentos y presupuestos de las medidas preventivas como las que estaba llamado a resolver el Tribunal, se señala en el consid. V que la resolución del juez de diferir la resolución de la medida preventiva solicitada “contraviene la esencia misma de la tutela preventiva, al punto de tornarla estéril e ineficaz”, puesto que “justamente la razón de ser de consagrar la tutela jurídica de esta clase de medidas radica en anticiparse a la producción de daños previsibles y, en ese sentido, postergar una decisión, implica tanto como mantener una situación de hecho potencialmente generadora de daños que puedan evitarse”.

Ingresando en el fondo de la cuestión, en el consid. VI se expresa que “valoradas las constancias incorporadas a la causa se advierte que, si bien los dispositivos implementados para acceder a la estación de tren en el que habrían tenido lugar los hechos denunciados en el escrito de inicio han sido removidos, subsistirían similares condiciones de acceso a otras estaciones de la misma línea ferroviaria, al menos en el tiempo de realización de la pericia técnica ordenada como prueba anticipada (cf. fs. 308/315). A su vez, las fotografías acompañadas a fs. 9 revelan de modo palmario el potencial generador de daños pues se trata de chapas sumamente resbaladizas, máxime en condiciones climáticas de lluvia o alta humedad ambiente —de considerable frecuencia en esta zona—, coloca-

das en espacios destinados al tránsito peatonal y que, como se aprecia, carecen de dispositivos adecuados que supriman el riesgo implicado (VI.2.). Por otra parte, la adecuación de las condiciones de acceso a las estaciones, para que resulten aptas para el alto tránsito de las personas que usualmente concurren a contratar los servicios de la demandada constituye un deber exigible, implicado de modo esencial en la naturaleza de las prestaciones a que se encuentra obligada. Esa exigibilidad persiste, aun cuando se trate de una situación de acceso provisoria —por la realización de mejoras u obras de cualquier tipo—, puesto que la transitoriedad de un dispositivo no puede implicar la liberación de su obligación de atender y evitar el potencial generador de daño del mecanismo implementado momentáneamente (VI.3.). En el caso, resulta evidente la posibilidad de generarse daños por caídas o deslizamientos, si la colocación de este tipo de chapas en lugares de tránsito peatonal no se encuentra acompañada por algún dispositivo adherente que elimine el riesgo en sí mismo implicado. Se trata entonces de una omisión potencialmente dañosa, que tiene aptitud para provocar daños (VI.4.). Por último, resulta también claro que resulta un resorte de la prestataria del servicio detener la potencial causalización del daño, ya sea por la sustitución de esas chapas por cualquier otro material apto para el tránsito peatonal, como su adecuación, a través de la colocación de alguna sustancia adherente”.

Por todo lo expuesto, el Tribunal “considera reunidas las condiciones necesarias para disponer la medida preventiva solicitada con el alcance indicado, en el sentido de ordenar a la demandada que adecue las condiciones de acceso peatonal a las estaciones ya sea sustituyendo las chapas que se encuentren allí colocadas —aun provisoriamente—, o por medio de su acondicionamiento, de modo de permitir que el tránsito peatonal de los usuarios no se encuentre expuesto a los deslizamientos que ese material provoca”. Y agrega que “desde que las restantes medidas pedidas procuran principalmente recabar información vinculada con el hecho invocado como fundamento de la pretensión resarcitoria, sin perjuicio de lo que pueda decidirse a su respecto en la oportunidad de la audiencia preliminar, no se aprecian razones que autoricen su disposición es este acto”.

Se trata, como puede apreciarse, de una acción preventiva (que podría encuadrarse en una propiamente dicha o de cese), peticionada como complemento y en el marco de una pretensión resarcitoria, despachada favorablemente por el Tribunal, aunque no se hubiese explicitado con qué carácter, lo que, a nuestro juicio tiene notable trascendencia pues, más allá de que en este caso se trató de una sentencia de Cámara, de ello dependerá el grado de conocimiento y presupuestos que se le exige al juez (si debe reunir la certeza o puede disponerla con cierto grado de verosimilitud del derecho), las vías de impugnación, la ejecutabilidad inmediata o no de la medida según los efectos con los que se deban conceder los recursos (si suspensivo o devolutivo), la exigencia o no de contracautela, la intervención del demandado y el carácter de cosa juzgada de dicha resolución, entre muchas otras cuestiones.

Más allá del acierto o no de los fundamentos y la solución que brinda la Cámara en materia sustancial y procesal, lo cierto y lo que queremos dar cuenta aquí, es, por un lado, que en tal materia —seguridad de integridad física de las personas— es donde se advierte un gran campo de aplicación de la tutela preventiva (sobre todo si se la encuadra, como no se lo hizo en el precedente aludido, dentro de los derechos de usuarios y consumidores y lo dispuesto por los arts. 53 de la ley 24.240 y 42 de la CN), a diferencia quizá de los problemas que presenta su aplicación en materia de protección de los derechos personalísimos, donde se presentan conflictos con los derechos a dar y recibir información y, en definitiva, a la libertad de expresión en su dimensión individual y social. Desde luego que al prevenirse daños a la integridad psicofísica se previenen daños en la esfera extrapatrimonial; pero sirve la distinción para marcar principalmente aquellos daños que para su producción generan tensión con la libertad de expresión.

Por otro lado, en este ámbito y al menos hasta el día de la fecha, no se advierte que con la incorporación expresa de la función preventiva de la responsabilidad civil y de la denominada “acción preventiva” (arts. 1708 y 1713), haya habido un cambio cuantitativo y cualitativo en su aplicación a los casos concretos, más allá de que desde luego ello es una apreciación personal, sin que contemos con las estadísticas y estudios

de campo pertinentes para arribar a dicha conclusión.

No obstante, lo dicho, pensamos que la previsión expresa de la acción preventiva, en primer lugar, otorga o refuerza un tipo de actuación a los jueces en formato preventivo (que ello sea compartido o no, es otro tema), que antes no se encontraba previsto expresamente salvo en materia de ambiente, consumidores y usuarios, minería y amparo; y, en segundo lugar, brinda un marco de referencia importante para dotar de la mayor seguridad jurídica posible en cuanto a los presupuestos de procedencia.

V.2. Libertad de expresión y derechos personalísimos

Es en esta materia donde presumiblemente, y a la luz de los propios términos empleados en los Fundamentos y por los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, se esperaba el mayor campo de aplicación de la función preventiva de la responsabilidad civil, a través de la acción preventiva de daños.

En efecto, se expresa en los Fundamentos con contundencia que “desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Esta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental. La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no solo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz”. Tal criterio también podría deducirse en la previsión expresa de la acción preventiva para la protección de los derechos consagrados en los arts. 52, 53 y 1770 del Cód. Civ. y Com.

Ahora bien, a poco que uno se va adentrando en la resolución de casos concretos colisiona con la “realidad”, por una parte, y con las Constitución Nacional por la otra.

Esta última colisión no supone ninguna novedad, pues se presentó cuanto menos desde los primeros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, y desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield. Incluso con la vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la existencia de una norma como el art. 1071 bis del Cód. Civil derogado (texto según ley 17.711), se siguieron sucediendo los conflictos y tensiones entre la libertad de expresión y derechos personalísimos tales como la privacidad e intimidad, la imagen y el honor.

Desde ya que los conflictos generalmente se presentaban en el marco de una pretensión resarcitoria, y la cuestión principal a fin de cuentas era determinar si la condena a indemnizar no podría tener un efecto inhibitorio de la libertad de opinar, de expresarse o de informar del demandado, violatorio pues de la prohibición de censura previa y del derecho a la libertad de expresión. Dentro de cada caso, también se presentaban infinidad de matices (si se trataba de una persona pública, de una información de interés general, el modo en cómo se informaba, si se trataba de una opinión, de imputación de hechos, si estos hechos eran falsos o verdaderos, si se trataba de publicación o difusión de imágenes con un fin comercial o no, si el demandado era un periodista o medio periodístico, etc.), que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue ordenando, no sin contratiempos y controversias (68), a partir sendos fallos donde comenzó a aplicar, seguido por los Tribunales inferiores, las denominadas doctrinas “Campilay”, de la “Real Malicia”, luego precisando sus alcances con relación a los motores de búsqueda de internet (Google, Yahoo!, etc.) (69). Ello siempre, claro está, desde el punto de vista de la función resarcitoria.

(68) Nos remitimos al respecto, a los agudos desarrollos de RACIMO, Fernando M., “El caso ‘Ponzetti de Balbín’. Una confusión conveniente”, JA, disponible en informacionlegal.com.ar, Cita Online 0003/013510; “Real malicia, carga de la prueba y tests de veracidad”, SJA 14/02/2018, 1 - JA 2018-I; y “Prensa, real malicia y carga de la prueba”, LA LEY 2013-E, 689.

(69) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:1174; id., 12/09/2017, “Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1236.

Señala Galdós (70) que el denominado vulgarmente “bozal (o mordaza) legal”, o en buen romance medida prohibitiva de expresión o tutela inhibitoria de expresión o interdicción de expresión, es un mandato judicial dictado a petición de parte, provisorio o definitivo, cautelar o sustancial, que impone a personas humanas o jurídicas, determinadas o indeterminadas, la prohibición de expresarse o manifestarse públicamente, de modo general o específico (limitado a ámbitos determinados y concretos) con respecto a personas, o acontecimientos o sucesos, generalmente vinculados a su esfera privada, familiar o laboral con la finalidad de proteger los derechos personalísimos del titular del interés invocado. Procura evitar la producción o reiteración de un daño que afecte la intimidad o privacidad, o cualquiera de las otras manifestaciones de los derechos personalísimos (nombre, dignidad, honor, imagen, datos personales, costumbres) su continuación o agravamiento (arts. 51, 1710/1713, 1770, 1771 y concs., Cód. Civ. y Com.). Constituye una medida prohibitiva porque restringe la libertad personal y de expresión imponiendo una obligación de abstención o de no hacer, de origen judicial, impidiendo “manifestarse o difundir libremente ideas, opiniones o informaciones” mediante “signos o enunciados” —según lo enseña el diccionario—, especialmente mediante la palabra oral o escrita. Puede consistir en una prohibición general o indeterminada (v.gr. prohibición de hablar o referirse acerca de una persona o situación) o especial (limitada a aspectos específicos; v.gr. a su actividad laboral) y comprender distintas formas de comunicación y expresión, interpersonal o en medios de comunicación masiva, Internet o redes sociales (medios gráficos, televisivos, radiales, Facebook, Instagram, Twitter, entre otros). También puede consistir en una prohibición de difundir imágenes, fotos, mensajes de texto, tweets, etcétera.

Desde nuestra óptica y con respecto a la posibilidad de que un juez actúe preventivamente impidiendo una expresión, creemos con To-

ller (71) que ello no resulta vedado cuando la medida se dirija contra expresiones no protegidas constitucionalmente, pero desde ya la solución al caso no la van a dar los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com., sino un análisis constitucional de la controversia entre tales derechos en el caso en concreto.

Es por ello que, en tal sentido, si bien las normas mencionadas, junto con lo dispuesto por los arts. 52, 53, 1770 y normas concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación, brindan un importante marco de referencia sobre la materia, necesariamente deben ser interpretadas en un caso en concreto con respecto a los derechos que se encuentren en juego. De modo tal que no será la misma ponderación la que se haga cuando se debatan derechos a la intimidad y privacidad de un niño, niña o adolescente por la preeminencia que los intereses de estos tienen sobre cualquier otro (art. 3º Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1º a 3º y concs. de la ley 26.061), que cuando sean adultos quienes invoquen la afectación a tales derechos. Tampoco podría considerarse del mismo modo a un tipo de acción preventiva propiamente dicha que por caso podría encontrarse reñida con la prohibición de censura previa, que la de tipo mitigadora o de cese, con respecto a una expresión ya efectuada y que ya causó un daño consumado o en curso.

La otra colisión a la que nos refiriéramos (la realidad), como ya lo adelantáramos, se advierte a partir de preguntarse de qué modo puede el juez (o la ley) prevenir dichos o comentarios de una persona o medio de comunicación (sea por información de hechos —falsos o verdaderos— o por la emisión de opiniones o ideas), lesivos de los derechos del afectado. Y allí se presenta un problema de difícil resolución desde lo normativo, pues remite al plano del *ser*.

Yendo al extremo y si nos refiriéramos a la prevención en sentido estricto, o bien del tipo de acción preventiva a la que denominamos “propiamente dicha”, la realidad indica que resulta cuanto menos imposible tal empresa desde el momento en que, para evitar concretamente

(70) GALDÓS, Jorge M., “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión”, LA LEY 2017-F, 824 - RCyS2018-IV, 17.

(71) TOLLER, Fernando M., “El formalismo en la libertad de expresión. Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

que una persona diga o haga algo, debe ejercerse algún tipo de violencia, sea física o psicológica. No estamos aquí abordando el supuesto de las consecuencias que para un individuo tiene decir o hacer algo ni mucho menos si dicha persona prefiere inhibirse de decir o hacer algo por temor a incurrir en responsabilidad (civil o penal), lo que comúnmente se denomina “autocensura”. A lo que aquí intentamos referirnos, es a cómo se ejecutaría en lo fáctico una orden emanada de un órgano judicial que imponga no hacer o no decir algo, en prevención de los daños que dicha conducta o manifestación pudieran producir en otra persona.

La respuesta, a nuestro juicio, es que ello, si bien podría ser constitucional y jurídicamente posible (72), resultaría cuanto menos fácticamente imposible o en definitiva poco eficaz, a menos que se ejerzan actos de coacción y/o tortura sobre seres humanos que, demás está decirlo, se encuentran vedados; es decir, la orden del juez de no hacer o no decir algo, va a estar sujeta al libre y espontáneo acatamiento del obligado, más allá de las consecuencias que ello tenga para aquel con posterioridad (v.gr., delito de desobediencia, multas, sanciones conminatorias, etc.).

Empero, de violarse la orden judicial y de realizarse la expresión o acto judicialmente prohibido, la acción preventiva habría carecido entonces de todo sentido pues el afectado ya habría visto vulnerado su honor. Una orden preventiva de tal laya, si bien puede tener una eficacia “demarcatoria” del ámbito de libertad de actuación de un individuo, en lo concreto constituiría más bien una “amenaza” que, de ser voluntariamente desoída, podría dar lugar a una anticipación de algunos de los presupuestos de una eventual condena y/o a “astreintes” y/o a multas procesales (p. ej., a partir de lo previsto por los arts. 513 y 514 del Cód. Procesal), pero no habría podido así, actuar fáctica y eficazmente en prevención de un daño.

Por lo tanto, creemos que la acción preventiva propiamente dicha en esta materia, cuando resultare procedente, tendrá una función, más

que preventiva, eminentemente demarcatoria de la conducta del destinatario y, si se quiere, anticipatoria de las consecuencias que para él tendría su incumplimiento, aspecto que igualmente consideramos beneficiosos si con ello se protege eficazmente la intimidad, privacidad, honor e imagen de las personas.

Algo similar ocurriría en el supuesto de que la manifestación o el acto lesivo se hubiesen llevado a cabo y entonces la cuestión debiera ser abordada desde el punto de vista del tipo de acción preventiva “mitigadora” o “de cese”, a fin de, respectivamente, prevenir el agravamiento del daño o hacer cesar sus efectos dañosos. En concreto, en tal caso la acción tendría por objeto eliminar o “borrar” lo comentado o expresado.

Si bien nada impediría (y de hecho existe copiosa jurisprudencia favorable al respecto) que el juez libre una orden para eliminar algún comentario o expresión injuriante alojado en un sitio web, blog, portal, etc. (con exclusión desde luego de medios periodísticos, como regla), resultan evidentes las limitaciones de índole fáctica que suelen presentarse en tales situaciones para garantizar el mandato preventivo, puesto que hoy día, el marco que ofrecen internet en general (que resulta un campo hasta ahora casi totalmente desregulado) y las redes sociales en particular, hacen que la orden preventiva de un juez (que por ejemplo, disponga el bloqueo de determinado sitio web, o de una publicación, nota, video o comentario) carezca de mayores efectos prácticos, si se repara en la facilidad, la rapidez, el anonimato y hasta la automatización (73) con el que se producen los contenidos en la web, lo que denota casi una imposibilidad de impedir una expresión en dicho medio, a lo que se agrega que las órdenes impartidas a los principales sitio web, portales, o administradores de los sitios, etc., deben dirigirse al extranjero.

(73) Véase por caso, <http://www.chequeado.com/investigacion/el-mundo-secreto-de-los-bots-y-los-trolls-y-como-esos-ejercitos-influyen-en-la-politica/>; o bien, <http://www.perfil.com/politica/ejercito-de-trolls-como-opera-la-nueva-militancia-desde-la-oscuridad.phtml>, ambos accesos del día 01/04/2018; y el trabajo de VANINETTI, Hugo A., “Responsabilidad civil de los buscadores. Medida cautelar, acción preventiva, conocimiento efectivo, tiempo transcurrido y daño moral”, LA LEY 07/12/2018, 4.

(72) Véase TOLLER, Fernando M., “El formalismo...”, ob. cit.

Se registran no obstante muchos precedentes (generalmente vinculados a modelos, cantantes o personas mediáticas) que resuelven favorablemente pretensiones de tipo preventiva dirigidas contra los motores de búsqueda de internet (Google, Yahoo!, Bing, etc.), para que bloqueen el acceso a los vínculos de determinados sitios web que, en la actualidad, se exige que sean precisados o bien en la demanda o bien al ejecutarse la sentencia (74). Con dicha individualización de los sitios web con contenido lesivo, se pretende evitar que se impida el acceso a través de esos buscadores (los principales de internet) a sitios que no tienen contenido dañoso.

Existen interesantes y exhaustivos análisis sobre las formas de bloquear contenidos en la web (75).

En resumidas cuentas, lo cierto es que de constatare los presupuestos de admisibilidad de la pretensión preventiva (una vez cotejados con los derechos constitucionales del destinatario de la orden de prevención), no existe en principio obstáculo para que el juez la disponga u ordene y de hecho —desde lo personal— consideramos auspicioso la protección concreta de los derechos personalísimos sobre todo frente a expresiones que no se encuentran constitucionalmente protegidas; la cuestión, en esta materia tan cara a las libertades y derechos individuales e incluso sociales, será el apercibimiento que se fijará o bien y dependiendo el tipo de acción, el modo de que dicha orden pueda hacerse cumplir (incluso coactivamente), ante el no acatamiento voluntario por parte del obligado.

Ahora bien, en lo que existe consenso a nivel doctrinario y jurisprudencial, es en torno a la admisibilidad de prevenir posibles daños a de-

rechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes (sobre todo en procesos de familia que lo involucran), aún frente al derecho a la libertad de expresión en sentido individual o general, a tenor de la prelación normativa y valorativa que establece el art. 3º de la Convención sobre Derechos del Niño, que goza de jerarquía constitucional, refrendado en tal particular supuesto por los previsto en los arts. 1º a 3º y 10 de la ley 26.061 y 52, 706, 707, 708 y 1770 del Cód. Civ. y Com. (76).

V.3. *Acciones u omisiones antijurídicas del Estado*

A partir de lo que disponen los arts. 1764, 1765 y 1766 del Cód. Civ. y Com. y 1º de la ley 26.944 (remisión al Código Civil derogado que debe entenderse al Cód. Civ. y Com., a tenor de lo dispuesto por el art. 6º de la ley 26.994), entendemos que no resulta procedente la acción preventiva fundada en los arts. 1711 a 1713 de dicho cuerpo normativo, criterio que, sin embargo —reconocemos— lejos está de presentarse pacífico (77).

Ahora bien, desde un punto de vista objetivo, ello desde ya de ningún modo obsta la posibilidad de acudir a la vía del amparo contra toda acción u omisión del Estado que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Consti-

(76) CFed. Mendoza, sala B, 24/05/2019, “P., A. E. c. Facebook Argentina SRL s/ medida autosatisfactiva”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros de Ed. La Ley (RCYS) 2019-VII, p. 116; Juzgado de Violencia, Familia y de Género N.º 1 de Tartagal, 10/08/2017, “G., A. D.; Fiscalía Penal de Prof. Salv. Mazza c. G., A.; A., F. s/ violencia familiar”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas de Ed. La Ley, 2018 (febrero), p. 237. Véase el estudio de VANINETTI, Hugo A., “Facebook y la soberanía jurisdiccional. Defensa de los derechos del niño a su imagen, intimidad e integridad”, LA LEY 06/08/2019, 4.

(77) En contra de la postura que aquí proponemos, véase CNCiv., sala M, 11/04/2019, “Rodríguez, Lucila M. c. Nación Seguros SA y otro s/ daños y perjuicios”, LA LEY 2019-C, 112 - Revista Código Civil y Comercial (RCCyC), 9, año V, octubre 2019, p. 125 - Cita online: Cita online: AR/JUR/6310/2019; MARCELLINO, Leonardo, “La acción preventiva del Código Civil y Comercial: sus presupuestos y su procedencia contra el Estado”, LA LEY 2019-C, 112 - Revista Código Civil y Comercial (RCCyC), 9, Año V, octubre 2019, ps. 139 y ss.

(74) Véase por todos, CNFed. Civ. y Com., sala I, 15/03/2016, “C., M. c. Google Argentina SRL y otro s/ medida autosatisfactiva”, Cita online: Cita online: AR/JUR/11418/2016, y causas allí citadas, y el voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda en el fallo “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, del 28/10/2014 (Fallos 337:1174).

(75) VANINETTI, Hugo A., “Responsabilidad civil de los buscadores. Medida cautelar, acción preventiva, conocimiento efectivo, tiempo transcurrido y daño moral”, LA LEY 07/12/2018, 4, a quien seguimos en la enumeración que efectuamos en el párrafo.

tución Nacional, un tratado o una ley (art. 43 de la CN, y ley 16.986) o a los microistemas normativos que habiliten la pretensión preventiva, como ocurre por ejemplo en materia ambiental (art. 4º de la ley 25.675) o en materia de consumo (arts. 1º, 2º, 3º, 52, 55 y ccs. de la ley 24.240, texto según ley 26.361).

Asimismo, y desde un punto de vista subjetivo, la inaplicabilidad de la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación no alcanza a las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos, a quienes les resulta oponible y aplicable la acción preventiva de los arts. 1711 a 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com., si se quiere y aunque no exclusivamente, a partir de lo que dispone el art. 6º de la ley 26.944.

En suma, la acción preventiva contra el Estado Nacional fundada en los arts. 1711 a 1713 y que no verse sobre las materias anteriormente descriptas, solo podría resultar procedente si mediara una previa declaración de inconstitucional en el caso en concreto de los arts. 1764, 1765 y 1766 del Cód. Civ. y Com. y/o 1º de la ley 26.944 —según corresponda—, hasta que se produzca una necesaria reforma legislativa en tal sentido, pero sin que pueda desconocerse por ello el claro texto de la ley.

Además de lo dicho, pensamos que el análisis de esta cuestión tiene un componente que, si bien pocas veces se explora al dictarse resoluciones contra el Estado, resulta de capital importancia, cual es la vinculación entre las obligaciones de hacer que impone una resolución (v.gr., reparaciones, arreglos, inversiones, etc.) y la materia presupuestaria, por el hecho de que, mal o bien, el presupuesto —que constitucionalmente es tarea que corresponde sancionar al poder legislativo, con base en una propuesta del ejecutivo (arts. 39, último párrafo; 75, incs. 2º y 8º; 100, incs. 6º y 7º de la CN)— supone la asignación de los recursos escasos de acuerdo con las prioridades que un Gobierno establece; y una gran cantidad de resoluciones que manden hacer obras a un Gobierno y que no hubiesen estado contempladas originalmente en el presupuesto de ese período (sin ingresar a evaluar aquí su pertinencia o no), supone cierta tensión con la modalidad que la Constitución estableció para confeccionar y de-

terminar la política económica de un país y, en definitiva, la asignación de los recursos escasos.

Puede señalarse, sin embargo, que hay importantes precedentes en los que se aborda más bien tangencialmente esta cuestión, tal el caso, p. ej., de los fallos de la CS en “Mendoza”, del 20/06/2006 (Fallos 329:2316) y en “Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza”, del 01/12/2017 (Fallos 340:1695) (78), entre otros, en los cuáles, si bien se establecen judicialmente los criterios y cursos de acción a seguir, se delega la tarea de implementación de las obras o reformas en el poder administrador correspondiente (municipal, provincial, nacional, u organismos descentralizados o autárquicos de la administración, según corresponda), con control judicial posterior.

V.4. Acción preventiva en materia ambiental, de usuarios y consumidores y de protección de datos personales. Necesarias distinciones

Como ya adelantáramos, la previsión general del Código Civil y Comercial en materia de prevención de daños resultará aplicable de un modo principal cuando no existiese normativa especial e indisponible sobre la materia (art. 1709 del Cód. Civ. y Com.), y de un modo complementario cuando sí la hubiese —o supletorio si no la hubiese—, como ocurre en materia de daños al medio ambiente, a derechos de usuarios y consumidores y la protección de datos personales.

V.4.a. Acción preventiva y protección del medio ambiente

En materia ambiental, la ley 25.675 —regulando en cierto modo las previsiones del art. 41 de la CN (79)—, establece los presupuestos mínimos

(78) También puede compulsarse CCiv.yCom. Azul, sala II, 19/12/2017, “Torres, Luis Á. c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles-comerciales”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley 2018-V, p. 219 - Revista del Código Civil y Comercial de La Ley 2018 (junio), p. 183 — LA LEY 2018-C, 485.

(79) Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del

generales para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1º), exigiendo de cualquier política ambiental, el cumplimiento de los objetivos explicitados en el art. 2º. En el art. 4º, se establecen los principios de prevención (a través del cual, “las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”), y el precautorio (por medio del cual, “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”), principios ellos que no se confunden y que tienen presupuestos diversos (80). También se impone un deber de prevención al establecerse el principio de solidaridad, según el cual “la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”.

porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la CN y las competencias regladas en el art. 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna” (CS, 20/06/2006, “Mendoza, Silvia B. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, Fallos 329:2316).

(80) Se tiene dicho que la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución —por el contrario—, enfrenta otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos. Opera en un ámbito de falta de certeza o información (CAFFERATTA, Néstor A., “El principio de prevención en el derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. LexisNexis, noviembre 2004, p. 42).

Se tiene dicho que el daño ambiental —de incidencia colectiva— consiste en “la alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos” (art. 27, ley 25.675) e imponen al responsable el deber del restablecimiento al estado anterior a su producción y en caso de no ser técnicamente factible una indemnización sustitutiva con destino a un fondo común; dicho daño recae sobre bienes colectivos y no suprime el resarcimiento de los daños individuales o los individuales homogéneos; en lo atinente a la específica función del derecho ambiental, se rigen por la secuencia temporal siguiente: precaución; prevención, reposición o remediación e indemnización sustitutiva (art. 2º, art. 4º, incs. g, k; 19, 22, 27, 28, 29, 33, 30, 33 y concs., Ley General 25.675 del Ambiente) (81).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el primer pronunciamiento del caso “Mendoza” (82) (donde decidió sobre su competencia originaria y la posibilidad de acumular subjetivamente las pretensiones), señaló que la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Precisó que estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo, por lo que la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, en tanto que se trata de un bien que pertenece a la esfera social y transindividual; concluye señalando que de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

Precisó en dicho precedente que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la

(81) CCiv.yCom. Azul, sala II, 28/12/2017, “Luro, María c. Spaghi, María Carlota s/ daños y perj. autom. s/ acción preventiva”, RCYS 2018-IV, 127.

(82) CS, 20/06/2006, “Mendoza, Silvia B. y otros c. Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, Fallos 329:2316.

tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. Para ello y como lo sostuviera en “Martínez” (83) (CS, Fallos: 339: 201), cobra especial relevancia la realización de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de las actividades, que no significa una decisión prohibitiva, sino antes bien una instancia de análisis reflexivo, realizado sobre bases científicas y con participación ciudadana. En efecto, los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (ley 26.331, arts. 18, 22 y ss.; ley 25.675, arts. 11 y 12) (84).

En posteriores precedentes y en lo que aquí interesa, precisó los alcances y presupuestos de aplicación del principio precautorio y preventivo. En particular señaló en el precedente “Salas” (85) que el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público, por lo que no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten; es que, para la Corte la aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable, lo que implica que no deba buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

En este sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, al evaluar la admisibilidad de una medida cautelar, entendió que la prevención tiene una importancia superior a la que se otorga en otros ámbitos, ya que la agre-

sión al medio ambiente se manifiesta en hechos que pueden provocar por su mera consumación un deterioro cierto e irreversible, de tal modo que permitir su avance y prosecución puede conllevar una degradación perceptible de la calidad de vida de los seres humanos. En virtud de ello, precisó que, tratándose del posible gravamen o afectación del ambiente, la ponderación del peligro debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia conforme el art. 28 de la Constitución de la Provincia; art. 41, CN y 4º de la ley 25.675 (86).

El Código Civil y Comercial de la Nación incorporó expresamente normas que hacen alusión a la materia ambiental, directa o indirectamente, como ocurre por ejemplo con el art. 14, último párrafo del Cód. Civ. y Com., al establecer que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, en concordancia con lo que disponen los arts. 10, 12, 240 y 241 del Cód. Civ. y Com. Es así que, como señala Cafferatta (87), por esta ventana que deja abierta el ordenamiento jurídico privado (a partir de la consagración de la teoría del abuso del derecho específicamente en materia ambiental), se cuela tímidamente el principio de prevención, deber de prevención o acción preventiva, cuando el art. 10 dispone que “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Para el autor citado, el art. 240 (límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes) constituye un todo armónico con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial en los arts. 1º, 2º y 3º, relativos a las fuentes del derecho y su aplicación, interpretación y deber de resolver, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, los principios y los

(83) CS, 02/03/2016, “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”, Fallos 339:201.

(84) En similar sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-23/17 (Solicitada por la República de Colombia) del 15/11/2017, al interpretar el contenido y alcances de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(85) CS, 26/03/2009, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional s/ amparo”, CS, Fallos: 332:663.

(86) SCBA, 28/10/2015, “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c. Provincia de Buenos Aires s/ inconst. ley 14.516”, Causa I.72.760.

(87) CAFFERATTA, Néstor A., “Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (en relación con el derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)”, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 22.

valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, en relación con el instituto del abuso del derecho (arts. 10 y 14), y el deber de prevención, contenido en el sistema de responsabilidad por daños, por lo que, según su criterio, todo el sistema cierra con lo dispuesto por los arts. 1710 a 1715 y 1973.

Desde nuestra óptica y de la lectura de diversos fallos sobre la temática posteriores a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación **(88)**, además de los ya citados hasta aquí, se advierte que las normas que el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en materia ambiental orientadas a la prevención y, en particular, a la función y acción preventiva, no han resultado hasta el momento determinantes o decisivas para la resolución de un caso ambiental, los que suelen resolverse por aplicación de lo dispuesto por los arts. 41 y 43 de la CN, por la ley 25.675 y/o las correspondientes provinciales, y por las demás leyes especiales sobre la materia que ya consagran suficiente y especí-

fica protección en la cuestión **(89)**. Sin embargo, ello no desestima la importancia en lo que a la integración del sistema normativo se refiere, desde que lo dota de coherencia y sistematicidad, brindándole al operador mayores herramientas para la presentación o resolución de un caso ambiental, cuando lo que se pretenda sea actuar en una de sus facetas más trascendentes, como es la prevención del daño de ese tipo; complementándola, si existe normativa sobre la cuestión, o como fuente directa ante el silencio legal expreso o vaguedad.

Desde el punto de vista procesal, resultan aplicables las consideraciones vertidas en el cap. V del presente, más allá de que los arts. 30, 32 y 33 de la ley 25.675 establecen importantes reglas procesales. En efecto, el art. 32 de dicha ley prevé: "El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte". Asimismo, para las acciones de "cese" de daño ambiental, se prevé expresamente la acción de amparo colectivo (art. 30, último párrafo).

Por otra parte, existen legislaciones provinciales donde específicamente se les fija trámite a las acciones en materia ambiental.

Así, p. ej., la ley 11.723 Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de la Provincia de Buenos Aires dispone en el art. 37 que el trá-

(88) TSJ Córdoba, Sala Electoral, de competencia originaria y asuntos institucionales, 18/05/2017, "Gremio, María Teresa y otros c. Corp. Intercomunal para la Gestión Sustentab. de los Resid. del Área Metrop Cba. SA (Cormecor SA) s/ amparo (ley 4915) - cuerpo de copias - recurso de apelación", Revista LLD Córdoba 2017 (noviembre), 6; SCBA, 29/06/2016, "Bornic, Guillermo c. Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad ord. 5593", Cita online: AR/JUR/51755/2016; CCiv.yCom. Salta, sala III, 25/04/2018, "Mercado, Amelia E. y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Salta y otros s/ amparo", Cita online: AR/JUR/19040/2018; SCBA, 20/03/2016, "Negrelli, Oscar R. y otros c. Municipalidad de La Plata. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", A. 73.163; CCont.Adm. Paraná N.º 1, 08/05/2018, "Bruniard, Rogelio E. y otro c. Municipalidad de Paraná s/ acción de amparo ambiental", Cita online: AR/JUR/25365/2018; C. 2ª Civ.yCom. Paraná, sala III, 17/04/2018, "B. J. M. G. c. Municipalidad de Viale s/ acción de amparo", Cita online: AR/JUR/10794/2018; Juzg. de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Rafaela, 10/12/2015, "Comuna de Las Palmeras c. Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso administrativo", Cita online: AR/JUR/88523/2015; Juzg. Letrado de 1ª Instancia Civil, Comercial y Laboral de Esquel, 14/12/2015, "Comunidad Mapuche Caño y otros c. Provincia del Chubut y otros s/ acción de amparo", Cita online: AR/JUR/81011/2015; Juzg. de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial N.º 3 de Gualguaychú, 23/12/2015, "M., J. J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo", DJ, LA LEY 27/07/2016, p. 62 - Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2016-IX, p. 168.

(89) Véase, p. ej., la ley 26.331 sobre Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Enriquecimiento, la Restauración, Conservación, Aprovechamiento y Manejo Sostenible de los Bosques Nativos, y de los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad; también los arts. 166 y 263 del Código de Minería.

mite que se imprimirá a las actuaciones será el correspondiente al juicio sumarísimo, pudiendo el accionante podrá instrumentar toda la prueba que asista a sus derechos, solicitar medidas cautelares, e interponer todos los recursos correspondientes.

No obstante, dicha ley distingue entre acción contra el Estado y contra los particulares. En el primer caso, establece que cuando a consecuencia de acciones del Estado se produzcan daños o pudiera derivarse una situación de peligro al ambiente y/o recursos naturales ubicados en territorio provincial, cualquier habitante de la Provincia podrá acudir ante la dependencia que hubiere actuado u omitido actuar, a fin de solicitar se deje sin efecto el acto y/o activar los mecanismos fiscalizadores pertinentes (art. 34). Cuando la decisión administrativa definitiva resulte contraria a lo peticionado el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente, quedarán habilitados para acudir ante la justicia con competencia en lo contencioso administrativo que dictaminará sobre la legalidad de la acción u omisión cuestionada (art. 35).

Pensamos que dicha vía administrativa previa que se impone ante acción contra el Estado no impide el requerimiento de las medidas cautelares que correspondan, según lo señalado en el cap. V del presente y lo dispuesto por el propio art. 37 de la ley, sin que a primera vista fuere necesario de declaración de inconstitucionalidad alguna si se tratare de materia cautelar. En su caso y en lo tocante a evaluar la constitucionalidad del requisito previo para una acción de fondo, deberá ponderarse en el caso en concreto si esa suerte de agotamiento de la vía administrativa resulta compatible con la garantía a una tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia que establece el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y con las previsiones de los arts. 28, 166 y 168 de dicha Constitución.

Por el otro lado, en los casos en que el daño o la situación de peligro sea consecuencia de acciones u omisiones de particulares, el art. 36 de la ley provincial mencionada establece que el afectado, el defensor del pueblo y/o las asociaciones que propendan a la protección del ambiente podrán acudir directamente ante los

tribunales ordinarios competentes ejercitando: a) acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes que pudieran producirse; b) acción de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial, que hubieren sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre.

En cualquier caso, deberá modularse la estructura procesal cuando se trate de una acción colectiva, aplicándose en el ámbito nacional en particular, las previsiones del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, aprobado por Acordada 12/16, la Acordada 32/14 del Máximo Tribunal y la jurisprudencia de la CS sobre la materia.

De todos modos, en esta materia, así como en general cuando se encuentren vulnerados derechos fundamentales, se impone usualmente una labor eminentemente activa y oficiosa del juez (90) (art. 32 de la ley 25.675).

V.4.b. Acción preventiva en materia de protección de los derechos de usuarios y consumidores

En materia de derechos de usuarios y consumidores, los arts. 52 y 55 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) habilitan a aquellos y a las asociaciones de consumidores y usuarios a accionar judicialmente cuando sus intereses resulten afectados o “amenazados”, de lo que se deduce que pueden actuar en prevención de daños, interpretación robustecida a partir de lo que disponen los arts. 42, tercer párrafo y 43 de la CN.

Dicha normativa coexiste con la incorporada por el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de relación y contrato de consumo en los arts. 1092 a 1122, por lo que podrá acudirse

(90) CS, 02/03/2016, “Martínez, Sergio R. c. Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”, Fallos 339:201. Dijo allí la Corte que “No puede desconocerse que, en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador...”

a las previsiones de los arts. 1711 a 1713 y concs. siempre que a través de ellos se llegue a la solución que más favorezca al consumidor o usuario, de conformidad con el criterio establecido en el art. 1094 del Cód. Civ. y Com. y 3º de la ley 24.240 (texto según ley 26.361).

Desde un punto de vista valorativo y general, consideramos auspicioso que exista normativa que proteja los intereses y derechos (principalmente fundamentales) de la persona en tanto tal, y no solo en tanto consumidores y usuarios (91).

De la jurisprudencia compulsada desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (92) y la comparación con precedentes anteriores a su entrada en vigencia, se advierte, al igual que en materia ambiental, que las normas sobre acción preventiva no resultan decisivas, o determinantes, aunque sí complementen o refuerzan la tutela del consumidor que brindan las leyes especiales (sobre todo la ley 24.240 y modificatorias), salvo notables excepciones (93).

(91) Agudamente señalaba Mayo que: “La protección del consumidor, que parece estar asumiendo en estos tiempos dimensiones teratológicas, como si pudiera absorber todo el derecho de los contratos, prohibiendo paradójicamente la figura del consumidor por encima de la figura del ciudadano, figura esta del consumidor que es funcional a la tecno economía globalizada, en cuanto se alienta más y más el consumo, protegiendo a quien en definitiva es un destructor (quien consume destruye, elimina) para poder comenzar nuevamente el ciclo, y así indefinidamente, generando sometidos a la propaganda masiva, a los productos puramente materiales, y a una información estúpida (por supuesto que el estar informado puede servir para la cultura), que nada enriquece a la persona, quizás para que permanezca desatenta y nada entienda de lo que está sucediendo en el mundo” (MAYO, Jorge A., “La inconsistencia de los daños punitivos”, LA LEY 2009-B, 1269).

(92) Véase p. ej., C. 3ª Civ.yCom. Córdoba, 12/04/2018, “Beltramone, Augusto P. c. Municipalidad de Córdoba y otro s/ ordinario - daños y perjuicios— otras formas de responsabilidad extracontractual”, Cita online: AR/JUR/15388/2018.

(93) Véase, p. ej., CCiv.yCom. Azul, sala II, 19/12/2017, “Torres, Luis Á. c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles/ comerciales”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2018-V, p. 219 - Revista del Código Civil y Comercial de La Ley 2018 (junio), p. 183 — LA LEY 2018-C, 485. En este precedente y con cita de anteriores de la misma sala, el Dr. Galdós desarrolla los fundamen-

Vale decir que incluso el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, presentado el 06/12/2018 al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco del Programa Justicia 2020, en el art. 107 remite a las normas que el Código Civil y Comercial de la Nación contiene en materia de “acción preventiva”.

En materia procesal, establece el art. 53 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) que resultarán aplicables las normas del proceso de conocimiento más abreviado que se encuentre previsto en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado. Tal es también el criterio adoptado en líneas generales por el Anteproyecto mencionado en el párrafo precedente en material de acciones individuales, respecto de las cuales se limita a remitir al trámite más breve que prevea la ley local (art. 162), regulando algunos aspectos generales del proceso (competencia, beneficio de justifica gratuita, carga de la prueba, actuación del ministerio público, limitación a la intervención de terceros, etc.). En cambio, se regula con más detalle lo atinente a los “Procesos colectivos de consumo” en los arts. 171 a 182.

V.4.c. Acción preventiva y protección de datos personales

En materia de protección de datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, rige la ley 25.326 de Hábeas Data, en concordancia con lo dispuesto por el art. 43 de la CN, más allá de que nada obsta a que se acuda a las previsiones de los arts. 1711 a 1713 y concs. del Cód. Civ. y Com., cuando con ello se protegieran con mayor eficacia o vigor los derechos consagrados en la normativa anteriormente referida o incluso cuando se pretendiera la protección contra la violación de derechos personalísimos a la intimidad o al honor producto de la utilización de datos personales y el conflicto (por su objeto o por su legitimado pasivo) no se encon-

tos y derivaciones concretas del mandato preventivo que puede dictar el Juez a la luz de lo dispuesto por los arts. 1710, 1711 y concs. del Cód. Civ. y Com., aunque se apoya también en doctrina y jurisprudencia anterior a la reforma del Cód. Civ. y Com.

trara comprendido, en la ley 25.326 según lo dispuesto por su art. 1º.

Cabe señalar que el hecho de encuadrar la acción dentro del ámbito de protección del hábeas data y de las previsiones de la ley 25.326 trae importantes consecuencias en materia procesal, a partir de las previsiones de esta ley en la materia.

En efecto, a diferencia del régimen general previsto por los arts. 5º y 6º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el art. 36 de la ley 25.326 dispone: “Será competente para entender en esta acción el juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor”.

Asimismo, expresamente se establece en el art. 37 que la pretensión tramitará según las disposiciones dicha ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo. Y que tramite por las disposiciones de dicha ley, supone que deben cumplirse con los requisitos de la demanda que, en lo pertinente, resulten aplicables (art. 38) y que no se correrá propiamente un traslado de demanda sino que, admitida la acción, el juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante, pudiendo, asimismo, solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime procedente. El plazo para contestar el informe no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el juez. Luego de ello y de no tener que producirse algún medio de prueba en forma sumaria, el juez deberá resolver.

V.4.d. Acción preventiva para evitar medida cautelar de desalojo anticipado

En un caso (94), Jumbo Retail Argentina SA, al promover una acción preventiva, manifes-

tó haber celebrado un contrato de locación con la firma A. Marcos y Cía. SA con respecto a un inmueble, cuyo destino era la construcción y explotación comercial de un supermercado y anexos, fijándose para ello un plazo de diez años de duración, con opción de prórroga a favor de la locataria por otro período igual; expresó en la demanda que hizo uso de tal opción mediante comunicación fehaciente, frente a la cual nadie formuló oposición; luego la locadora quebró y el inmueble fue adquirido en subasta por el Banco de la Nación Argentina, que le remitió una Carta Documento intimándola a desalojar el inmueble. Ello motivó la promoción de una acción preventiva por la cual Jumbo requirió se ordene a la entidad bancaria se abstenga de desalojar el inmueble antes descripto o, en su caso, hasta tanto no recaiga sentencia firme.

Al resolver, señaló el Tribunal que, al ser el daño que teme sufrir el actor el derivado de una medida cautelar o anticipatoria de desalojo que promueva el Banco de la Nación Argentina, un juicio de desalojo por sí mismo no es un ilícito civil, aunque sí pueda serlo incoar una cautelar de desalojo si a la postre resulta que no tenía derecho para ello. Empero, destaca que resultaría un “exabrupto” (sic) impedir al Banco que inicie acciones legales por cuanto tiene legítimo derecho a ello, más allá de que, por otra parte, no resultaba en ese caso razonable inmiscuirse en la facultad de un juez de analizar si procede o no el dictado de una orden de desalojo luego de trabada la litis en un proceso de desalojo. No obstante, si bien reconoce que eventualmente el Banco podría intentar una acción de desalojo preventivo antes de trabada la litis, considera que “para conjurar este potencial peligro el actor debió traer mayores elementos probatorios, y dar mayores explicaciones en relación con los hechos, dado que el contexto en que se han desarrollado el contrato y en general la relaciones contractuales, posesorias y dominiales es por demás complejo”, sin que pueda en dicho caso determinarse qué ha pasado todo este tiempo —de interregno— entre el supuesto uso de la facultad de renovar el contrato y la quiebra de la locadora, qué hizo el juzgado competente de la quiebra, qué pasó con la Carta Documento que

(94) C.2ª de Apel. Civ. y Com. Paraná, sala III, 30/05/2017, “Jumbo Retail Argentina SA c. Banco de la

Nación Argentina - ordinario s/ acción preventiva”, LA LEY 2017-D, 301 - Revista del Código Civil y Comercial de La Ley, 2017 (septiembre), p. 213.

remitiera el Banco de la Nación Argentina y cuál fue la actitud de Jumbo frente a ella, qué ocurrió con los pagos del alquiler que la actora supuestamente dice estar vigente, cuestión que —según el Tribunal— era fundamental en el caso, dado que la base para repeler cualquier obrar supuestamente ilícito era que el locador no sea moroso, entre otras consideraciones.

Lo interesante del precedente recientemente reseñado, es que no se desestima de plano la acción preventiva, sino que se entiende que en dicho caso no se encuentran reunidos los presupuestos de admisibilidad, lo cual —siguiendo tal criterio—, no impediría que la acción preventiva tuviera por objeto una suerte de “prohibición de demandar”, ya admitida por cierta doctrina (95) y algunos precedentes (96), aunque para nosotros revista un carácter sumamente restrictivo y excepcional, sobre todo cuando con ello se interfiere en la jurisdicción de otro magistrado (97).

VI. Conclusiones

Lo expuesto hasta aquí nos permite arribar a algunas conclusiones, que desde luego son provisionarias, tratándose de un tema por demás diná-

(95) PEYRANO, Jorge W., “La prohibición cautelar de demandar”, LA LEY 2014-F, 1224.

(96) SCBA, 16/04/2014, “Álvarez, Raúl y otro c. Citibank NA Medida cautelar (art. 250, CPCC)”, C. 101.606, véase puntualmente el voto del Dr. de Lázari.

(97) Coincidimos así con el criterio que sostiene que la prohibición de innovar no puede apuntar a la paralización de un proceso en trámite o de una eventual demanda a iniciarse contra quien peticiona o que impida que quien va a ser parte en un proceso ejercite el derecho de raigambre constitucional de acudir a la justicia a hacer valer sus pretensiones del modo que lo estimare propicio; y mucho menos cuando esa medida conlleva a la prohibición lisa y llana de ejercitar judicialmente, o no, un determinado derecho. En otras palabras, no puede un magistrado, por definida que sea su competencia, y por justificados que sean los motivos para que una determinada situación sea sometida a su conocimiento, prohibir a los justiciables acudir a otros magistrados que estimen competentes para el ejercicio de sus derechos, o —lo que es peor aún— prohibir a estos Magistrados abocarse a su tratamiento cuando solo a ellos les cabe una decisión de esa índole (véase CNCom., sala A, 20/05/2019, “A. G. S. C. SA c. S. C., J. A. y otros s/ medida precautoria”, expte. 15.828/2018; id. id., 19/12/2008, “Agüero, Blanca A. c. Inter créditos Cooperativa de Vivienda, Crédito y Consumo Limitada s/ ordinario”).

mico que en la práctica puede presentar aristas que en abstracto resultarían difíciles de prever.

En este sentido, pensamos que la expresa incorporación de la “acción preventiva” a nuestro ordenamiento jurídico, si bien no supone una innovación cualitativa de las herramientas existentes en el ordenamiento jurídico con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, constituye un sistema normativo ordenador pero que no eximirá al operador de tener que analizar el caso siempre a la luz de los derechos constitucionales que estén en pugna, de la normativa particular que resulte aplicable, de las vías procesales que se encuentre a disposición y de las herramientas jurídicas y fácticas con que se cuenten para hacer efectiva la orden de prevención.

Es por ello que, más allá de lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación y lo deseable en ese sentido, la acción preventiva propiamente dicha de daños contra intereses o derechos personalísimos como el honor, la honra, la dignidad, la imagen y la intimidad no presenta sustanciales modificaciones con la sanción del Cód. Civ. y Com., puesto que siempre habrá que ponderar la procedencia de una acción de ese tipo (cualquiera sea la herramienta procesal utilizada) a la luz de la posible afectación de la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, lo que desde ya no quiere decir que opinemos sobre su improcedencia (más bien lo contrario), sino solamente que el análisis no varía y, en lo sustancial, es eminentemente constitucional más que civil; pensamos que en este punto tendrán mayor campo de aplicación las acciones preventivas mitigadoras o de cese (es decir, cuando hubiese un daño en curso), aun cuando cabe alertar sobre su posible escasa efectividad o eficiencia sobre todo en un marco desregulado como el de Internet.

No obstante, sí nos permitimos afirmar que en tal contexto la acción preventiva cumpliría una suerte de función demarcatoria para los sujetos involucrados, en tanto una resolución judicial de ese tipo establecería el marco dentro del cual, el ejercicio de sus derechos, se enmarcan (o no), dentro de lo lícito o, en buen romance, dentro de lo admitido por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com. constituyen normas de aplicación complementaria en caso de que coexistan con sistemas normativos particulares como ocurre en materia de consumidores y usuarios, de derecho ambiental y de hábeas data o protección de datos personales, pues corresponde, en primer término, recurrir a las normas indisponibles de los microsistemas normativos correspondientes (arts. 1º, 2º y 1709 del Cód. Civ. y Com.), salvo que con las normas del Cód. Civ. y Com. se garanticen los derechos fundamentales de un modo más efectivo.

En otro orden de ideas, opinamos que la acción preventiva no es en principio procedente contra el Estado Nacional, salvo expresa declaración de inconstitucionalidad en el caso en concreto de los arts. 1764, 1765 y/o 1766 del Cód. Civ. y Com., lo que desde luego no obsta la procedencia de la vía de amparo; en cambio, tal declaración de inconstitucionalidad no se exige y la acción preventiva sí procede, contra las concesionarias y licenciatarias del Estado.

Por otra parte, las previsiones de los arts. 1711 a 1713 del Cód. Civ. y Com. no son de carácter procesal, sino sustancial, aun cuando lo cierto es que, establecido dicho “derecho” (que igualmente se encontraba alojado, antes de la sanción del nuevo Código, en la misma Constitución —arts. 19, 41, 42, 43 y ss.—, en leyes especiales —art. 52 de la ley 24.240, texto según ley 26.361—), consecuentemente debe preverse o establecerse pretorianamente una herramienta procesal para su adecuado ejercicio, que la doctrina las ha encontrado en las medidas cautelares innovativas, en las denominadas medidas o tutelas autosatisfactivas o de satisfacción inmediata (no previstas en el ordenamiento procesal nacional, aunque sí en legislaciones provinciales) y desde ya, en el amparo y en el marco de los procesos de conocimiento, ya sea abreviados (v.gr., juicio sumarísimo) o plenos (juicio ordinario). Empero, cabe distinguir precisamente la materia sustancial de la procesal y, sobre todo, la acción preventiva (autónoma o cautelar) de la tutela anticipada en un proceso donde se reclame una indemnización, que siempre tendrá carácter cautelar en tal contexto. Tal distinción tendrá capital importancia, no solo por la determinación de los presupuestos para su dictado y el conocimiento de las

partes involucradas de las “reglas de juego”, sino sobre todo por sus efectos, a saber: la ejecutabilidad inmediata o no, las vías recursivas, el carácter de la cosa juzgada que emane de una decisión de tal laya, etcétera.

Tal como lo señaláramos en el trabajo, en muchos casos la ley establece el proceso aplicable, no obstante, lo cual resulta imperiosa la regulación de la materia procesal, cuanto menos, del proceso colectivo, de modo de brindar un marco procesal certero para el ejercicio de la acción preventiva de tipo colectivo (art. 14, inc. b del Cód. Civ. y Com.).

En el caso de acciones individuales y más allá de la necesidad de urgente reforma y actualización del actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debiera regularse con mayor precisión el régimen cautelar y a su vez de tutelas o procesos urgentes en general **(98)**, puesto que la posibilidad que brinda el Código Civil y Comercial de la Nación de actuar en prevención de daños carecería de toda eficacia sin un marco procesal adecuado a los conflictos jurisdiccionales que ello puede llegar a suscitar, lo que no se encuentra de un modo deseable en el ordenamiento procesal nacional. Es que, como vimos, tal marco procesal desde luego está y debe estar condicionado por el derecho sustancial en juego para dotarlo de eficacia precisamente, por lo que, en rigor, debe buscarse que la regulación procesal tenga la dosis justa de certeza y flexibilidad para poder ser adaptada a las diversas situaciones explicitadas más arriba y otras que pudieran llegar a plantearse.

En resumidas cuentas, la acción preventiva como derivación de la función preventiva de la responsabilidad civil constituye un loable y necesario instituto en la hora actual, que debe ser cuidadosamente manejado por los operadores para dotarlo de eficacia, por un lado, y de respeto por los derechos y libertades de los posibles destinatarios por el otro.

(98) Véase, p. ej., Anteproyecto de Código Procesal por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ con los ajustes indicados por la Dirección de Asistencia Técnica y Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en agosto de 2019.

La cuantificación del daño en la mediación y en la conciliación judicial

Amalia Fernández Balbis (*) y Guillermina A. Cornero (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Pautas y requisitos para la cuantificación del daño en la conciliación.— III. Cuantificar en la mediación.— IV. Cierre.

I. Introducción

Mucho se habla en estos días de la necesaria formación en litigación oral de los abogados, como así también, de las técnicas de conciliación que son de suma utilidad en un proceso por audiencias pensado para la justa solución de los litigios y guiado por el principio cardinal de la tutela judicial efectiva.

En tal contexto, ha tomado fuerza la idea del anticipo en la producción de la prueba (pericial prevalente), la mostración de prueba en mediación y otras modalidades que amplían las posibilidades de arribar a un acuerdo previo al juicio o a la sentencia a partir de un mejor conocimiento de la posición y posibilidades de éxito de la parte contraria. En esa línea, precisamente, se hallan los sistemas que contemplan la op-

ción de producir prueba durante la instrucción preliminar del caso para facilitar la señalada solución autocompositiva: la *consulenza* técnica del art. 696 bis del Cód. Proc. Civil italiano, el art. 485, inc. 2º de la ZPO alemana, el art. 381 del nuevo CPC de Brasil y el conocido procedimiento de *discovery* en Estados Unidos (1).

Destacábamos, otrora, la posibilidad de optimizar los esfuerzos de la mediación mediante la cuantificación del daño en esa etapa, con la producción de prueba pericial (2) como así también, que la nueva oralidad desafiaba a un cambio de paradigmas en lo relativo a la oportunidad de su producción (3), poniendo siempre énfasis en la función conciliatoria del juez, desplegada en ocasión de la audiencia preliminar y en la de la vista de causa (4).

En esta oportunidad, desde nuestro lugar de jueza y abogada mediadora, respectivamente, nos detendremos en lo relativo a la cuantificación del daño, tarea que consideramos posible

(*) Jueza de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de San Nicolás, provincia de Buenos Aires. Miembro consejero regional de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP), coordinadora del Ateneo Bonaerense de Estudios Procesales (ABEP) y miembro de la Junta de Coordinadores de la Federación de Ateneos de Estudios Procesales (FAEP). Docente de grado de Teoría General del Proceso, en la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA) de Rosario, y de posgrado en Derecho Procesal Civil en diversas universidades de nuestro país.

(**) Abogada (UNR), matriculada en el Colegio de Abogados Rosario, provincia de Santa Fe. Mediadora inscripta en el Registro de Mediación Prejudicial Obligatoria, provincia de Santa Fe. Mediadora comunitaria, Defensoría del Pueblo de la provincia de Santa Fe. Docente invitada en el Centro de Estudios en Métodos Adecuados de Administración de Conflictos (Colabro). Miembro del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario.

(1) Conclusiones de la Comisión Civil, nro. 2 del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, 2019.

(2) FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, "Mediación: la cuantificación del daño y el valor de la prueba pericial", ED 245-1380.

(3) FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, "La prueba en la oralidad. El desafío del 'cuándo' y 'cómo'", Revista de Derecho Procesal, La prueba en el Código Civil y Comercial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016-2, p. 157.

(4) FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, "El desafío más actual de la jurisdicción: su función conciliatoria en los procesos sometidos a oralidad", Nueva Gestión Judicial, SAJJ, 2017, 2ª ed.

tanto dentro del proceso judicial —durante la conciliación— como en la mediación previa, ámbitos en los que “decir el número” es indispensable para disparar acuerdos, siempre en un marco colaborativo, creativo y con una buena comunicación de sus protagonistas, de modo que se abra paso a la resolución del conflicto, evitando que el juez, exclusivamente, resuelva su suerte.

II. Pautas y requisitos para la cuantificación del daño en la conciliación

Uno de los supuestos que más se repite y preocupa en materia de cuantificación del daño, está dado por los reclamos de indemnización por la incapacidad derivada de lesiones, en tanto falta un patrón de homogeneidad entre las pérdidas de ingresos económicos y la indemnización dineraria. A este aspecto de la cuantificación del daño, precisamente, dedicaremos unas líneas en esta oportunidad.

En tal sentido, la regla del art. 1746 del Cód. Civ. y Com. es clara cuando refiere:

“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”.

El juez deberá considerar, entonces, entre otros: a) la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicas valorables, b) el plazo en que razonablemente puede continuar realizando tales actividades, c) las circunstancias personales del damnificado, d) la gravedad de las secuelas y su afectación en el trabajo y en su vida de relación,

e) el monto que cobraba antes del hecho, f) la importancia de las lesiones, g) la edad de la víctima, h) la repercusión que las secuelas pueden tener en futuras actividades productivas.

Nos preguntamos ahora: ¿puede el juez acercar a las partes, con la mayor predictibilidad posible, un monto indemnizatorio favorecedor de acuerdos en el contexto de una conciliación?

Recordemos que esa tarea forma parte de los deberes judiciales consagrados en la gran mayoría de los códigos procesales y no implica prejuizamiento, de modo que a la respuesta afirmativa a aquel interrogante le seguirá otra pregunta: ¿cómo hacerlo?

Es claro que ese juicio de ponderación debe concretarse conforme la singularidad del caso, la naturaleza y entidad del daño, las circunstancias existenciales de la víctima y la realidad económica, por lo que será conveniente haber explicitado esas circunstancias personales de la víctima en ocasión del planteo de la demanda (para su conocimiento por parte de la contraria), sin perjuicio de la prueba ofrecida al respecto, que podrá consistir en certificados de nacimiento, títulos o diplomas de capacitación, recibos de sueldos o constancias de ingresos o ganancias, reconocimientos o actividades en las que se hubiera destacado, actividades que desarrollara en forma independiente, libros de contabilidad (para el supuesto en que la víctima fuera titular de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios), entre otras (5). Será útil, también, contar en las audiencias con fallos locales de reclamos similares, tanto de la propia instancia de grado como del tribunal de alzada, de modo que puedan servir de pautas para conocer la viabilidad de lo pretendido, es decir, si el planteo es realista, o no lo es.

El juez tiene a su alcance, como herramienta referencial, las fórmulas matemáticas que son un canal para que el razonamiento transcurra de modo visible y controlable. En tal sentido, se

(5) FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, “Implicancias procesales del art. 1746 del Cód. Civ. y Com.,” en FERNÁNDEZ BALBIS, A. - PEYRANO, M. (dirs.), *Derivaciones procesales del Código Civil y Comercial*, Ed. Nova Tesis, 2017, p. 350.

destaca que utilizar una fórmula no es un mecanismo que vaya a dar resultados perfectamente justos sino apenas un procedimiento que deja a la vista cada uno de los pasos del razonamiento. Tiende a una mayor igualdad ante circunstancias equivalentes y disminuye en parte la incertidumbre, con su correlato de una mayor probabilidad de llegar a un acuerdo y de cobrar antes. Esta reducción de la incertidumbre, así practicada, tendrá incidencia a futuro en el costo del seguro y en la disuasión que se espera genere el sistema de responsabilidad por daños (6).

A propósito de las fórmulas, cabe mencionar, a manera de ilustración, que la fórmula al estilo “Vuoto”, “Marshall” o “Las Heras-Requena” no superan directamente el problema de la variación del valor de la capacidad a lo largo del tiempo, es decir, la posibilidad de que una persona pueda obtener ingresos reales mayores o menores a lo largo de su vida y que tales ingresos sean un reflejo razonable de su aptitud productiva, porque calcula el valor presente de una renta constante. En el caso de la fórmula “Méndez”, en tanto, se sobrestima el valor de la capacidad para ciertos casos.

La fórmula propuesta por Acciarri (7) permite un cálculo estimativo al ingresar los datos en los casilleros disponibles: edad inicial para el cómputo y las sucesivas edades que, según se proyecte, serán el punto inicial de una variación de ingresos, el porcentaje de incapacidad, para el que podrá ser de suma utilidad un informe médico que pueda acompañarse con la demanda (8), la tasa de descuento o tasa anual pura que se va a descontar por el adelanto de sumas futuras (valores que oscilan entre el 4% y el

6%, sin el componente inflacionario), los ingresos y períodos de percepción, expresados en valores monetarios correspondientes al inicio del cómputo para obtener valores reales expresados en moneda de ese momento y, por último, la probabilidad de incremento en los ingresos, ya fuere considerado como un hecho cierto o como chance de progreso (insertando en el sitio el porcentaje de probabilidad que se estime corresponda calcular).

Esa planilla también permite calcular la indemnización sobre la base de un ingreso que se tenga como constante para todo el período de vida productiva. Para ello bastará con indicar la edad inicial y la final (considerada hasta 65 o 75 años), y en tal caso, la planilla devolverá el resultado similar al que se obtendría con las fórmulas “Vuoto”, “Marshall” o “Las Heras-Requena”.

El trabajo de confección de la planilla para el cálculo del valor presente de incapacidades, sobre la base de considerar ingresos futuros constantes o variables, ciertos o probables, de ningún modo veda la discrecionalidad judicial, que se apreciará ante un aparentemente inadecuado resultado de la fórmula, permitiéndole volver sobre los valores empleados y verificar si son correctos o no en el marco de la discusión que se abre en la conciliación. Lo relevante, entonces, será un diálogo basado en números que se apoyan en pautas o datos objetivos (9). Los jueces, de tal modo, conservan esenciales facultades que conviven con las fórmulas y son las de utilizar factores de corrección en cada caso, ponderar con discrecionalidad la existencia y extensión de las chances de ayuda económica o de variación de ingresos, como también, establecer contenidos para conceptos abstractos como actividades “económicamente valorables”, entre otras (10).

Esta lectura del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., es la que se aconseja y sostiene prudencialmen-

(6) ACCIARRI, Hugo, “La cuantificación de indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código. Su lógica jurídico-económica”, Revista Código Civil y Comercial, Ed. La Ley, 2015 (julio), p. 291.

(7) Puede consultarse en <https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de-indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-ccyc>.

(8) FERNÁNDEZ BALBIS, Amalia, “El informe médico acompañado con la demanda y su posible consideración en el proceso de daños”, LA LEY, Suplemento Doctrina Judicial Procesal, 2016 (agosto), 04/08/2016, p. 67, AR/DOC/2212/2016.

(9) ACCIARRI, Hugo, “Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños” (edición argentina), Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, caps. VI a VIII.

(10) WERLEN, Cristian O., “La cuantificación de los daños en los supuestos de lesiones, incapacidad física o psíquica y muerte”, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017-3, La cuantificación del daño, p. 297.

te en lo que respecta al criterio orientativo que aportan al juez las fórmulas matemáticas.

De la clara síntesis efectuada por Galdós (11), al comentar en detalle esa norma, podemos extraer cuatro reglas: 1) es obligatorio aplicar las fórmulas matemáticas, 2) no es obligatorio aplicar una fórmula específica, 3) su resultado no es vinculante en forma automática para el juez, 4) el magistrado puede hacer su propia valoración del caso concreto bajo las pautas dadas por el uso de las fórmulas matemáticas, moviéndose discrecionalmente desde su resultado, para arriba o para abajo.

Otro instrumento de facilitación de esa actividad judicial disparadora de acuerdos que ponga fin al pleito fue presentado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el pasado 18 de diciembre de 2019 (res. 3476), en un claro intento de mejora en la gestión judicial, al potenciar el resultado de la aplicación de los principios que inspiran al protocolo de Gestión de Prueba (Ac. 2465). Se trata de la creación de un cuerpo interdisciplinario de profesionales compuesto por especialistas en medicina del trabajo, medicina legal, traumatología y ortopedia, psicología o psiquiatría, e ingeniería mecánica (estadísticamente los más solicitados) y se propone, como prueba piloto, que un equipo de profesionales auxiliares de la justicia sea puesto a disposición exclusiva para que actúe de manera colaborativa y mancomunada con el juez de la causa, pudiendo los especialistas —a la sola convocatoria de este— asesorarlo e intervenir de manera directa en las audiencias. La función de los expertos consistirá en asesorar al Juez, dentro de sus respectivas incumbencias, sobre la pertinencia de la prueba pericial peticionada, la utilidad de los puntos de peritaje ofrecidos y la posibilidad de unificar los que las partes propusieran, revisar la documentación o estudios aportados y aún tener entrevistas personales con los interesados a fin de efectuar una evaluación provisoria y orientativa sobre las cuestiones litigiosas, estimar la demora en la producción de los informes requeridos, etc. Con tal propuesta, se ha entendido que la inmediatez de la inter-

vención pericial en la práctica de la oralidad se alinea directamente con las exigencias constitucionales del acceso a la justicia al favorecer el ahorro de recursos, el avenimiento de las partes, el aumento de las conciliaciones y evitar el dispendio de tiempo y gastos, objetivos todos que coadyuvan a la simplificación y abreviación de los procesos.

Vemos con beneplácito la idea de esta figura a la que hemos denominado del “perito coadyuvante”, en lo particular, como facilitadora del incremento de acuerdos conciliatorios, a los que se insta en el Reglamento de Oralidad de esa provincia (del 25/9/2019) tanto en la audiencia preliminar como en la de vista de causa y creemos que no hay obstáculo para que los jueces de cualquier otra jurisdicción utilicen ese recurso de apoyo, ya sea que se lo introduzca mediante un *negocio procesal* (12) que celebren las partes o consista en dictámenes extraprocesales de expertos (13).

III. Cuantificar en la mediación

Cuantificar el daño en la mediación suele ser una tarea artesanal. A diferencia de la conciliación judicial, que se apoya en pautas más bien objetivas como hemos visto precedentemente, la mediación involucra, en toda su expansión, la subjetividad de los participantes.

El modelo de Harvard, seguido con mucha frecuencia por mediadores propone una serie de pasos o etapas concatenadas para transitar el abordaje del conflicto. Ellas consisten, brevemente en: separar las personas del “problema” (y proponerles distinto trato: suave con las personas, duro con el problema), detectar y visibilizar los intereses reales detrás de las posiciones inicialmente expuestas por las partes, generar opciones para satisfacer esos intereses involucrando la inteligencia y creatividad de los participantes, utilizar criterios objetivos como “filtro” de dichas opciones y buscar así la salida más satisfactoria mediante un acuerdo, siempre

(11) GALDÓS, Jorge M., “Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 Cód. Civ. y Com.)”, RCyS 12016-XII, tapa, cita online: AR/DOC/3677/2016.

(12) PEYRANO, Jorge W., “Teoría y práctica de los negocios jurídicos procesales”, Herramientas procesales, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2013, p. 323.

(13) PEYRANO, Jorge W., “Sobre los dictámenes extraprocesales de expertos”, Procedimiento civil y comercial 1, Conflictos procesales, Ed. Juris, Rosario, 2002, p. 515.

que las partes estén dispuestas a acordar y luego de haber explorado las alternativas a un acuerdo negociado.

A diferencia del modelo de negociación, en la mediación un tercero imparcial (el mediador) dirige el proceso, más se abstiene de juzgar, asesorar o dar consejo, todo ello, en un marco de confidencialidad y voluntariedad.

Veremos cómo y dónde, durante estas etapas y con esas limitaciones emergentes de la definición del rol, el mediador puede colaborar, creando el marco adecuado para que las partes puedan, por ellas mismas, cuantificar los daños que reclaman.

Existe una primera estimación de los daños, que realiza el requirente, con asesoramiento del patrocinante, que es previa a la mediación y se encuentra reflejada en el formulario de requerimiento, que, con las particularidades del proceso de mediación prejudicial previsto en cada provincia, exige se cuantifique la pretensión. Esa estimación es similar a la que se realiza con fines judiciales y que cada abogado, apoyado en la información con que cuenta, realiza en soledad.

Una vez ingresado al proceso de mediación, el mediador, mediante la escucha activa de las narrativas, conoce las “posiciones” de las partes, que son sus primeras declaraciones de pretensión y resistencia. Estas deben dar lugar, mediante los recursos que para ello aplicará el mediador, a que puedan aflorar los profundos intereses de las partes.

Los intereses son considerados de una forma mucho más amplia que cualquier “pretensión” en el ámbito judicial: cuando nos referimos a los “intereses” utilizamos el término de modo amplio, definiéndolo como todo aquello que a la persona le importa (deseos, miedos, expectativas, preocupaciones, anhelos, necesidades, etcétera).

Esta concepción de los intereses, tan a medida de cada persona y su sentir, hace que su estimación también se vuelva subjetiva. A diferencia del proceso judicial —incluso la conciliación judicial— el abanico de intereses y sus muy

variadas formas de ser satisfechos, distingue a la mediación como un ámbito de expresión de esta riqueza.

Si bien algunos reclamos serán de posible cuantificación mediante pautas más objetivas, que ya fueron mencionadas anteriormente en este trabajo, otros, siendo tan personales, requerirán respuestas “a medida”.

Podemos referir, en esta instancia, al trabajo de Fabiano, quien visibiliza “[l]a necesidad de un mayor protagonismo de las partes en la cuantificación del daño extrapatrimonial” en los procesos judiciales (14). Esa necesidad es patente en la mediación, ya que requiere el compromiso y aporte personal de los participantes, por la propia naturaleza del proceso.

Señala el mencionado autor que lo resarcible es el “precio del consuelo”, y de tal modo, se busca mitigar el padecimiento de la víctima a través de “bienes deleitables”, proporcionándole recursos aptos para menguar el detrimento causado, accediendo a gratificaciones viables, por lo que debe conformarse el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, ya que como contrapartida se recibe alivio, gozo o alegría; en definitiva, la modalidad atiende a la idoneidad del dinero para compensar la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones. Ilustra, en esa línea, que han sido considerados como bienes deleitables, inmuebles, automotores, viajes, entre otros.

Esto resulta plenamente aplicable a la mediación en el marco de autonomía y libertad que proporciona y permite a los involucrados protagonizar la creación de sus propias soluciones, o, mejor dicho, cocrear dichas soluciones, explorando sus necesidades y sus propios recursos, a veces, sorprendentes.

Por otro lado, puede ocurrir, conforme la naturaleza del requerimiento, que la materia de la mediación requiera ciertas pautas objetivas, que faciliten la construcción del acuerdo. En tales casos, las partes podrán arrimar elementos

(14) FABIANO, Aidilio G., “La necesidad de un mayor protagonismo de las partes en la cuantificación del daño extrapatrimonial”, Boletín de Rubinza-Culzoni, cita: RC D 125/2020.

necesarios, aunque también el mediador puede colaborar en su introducción. Veamos.

Durante la mediación, deberán explorarse las “opciones”, que son las posibilidades de solución del conflicto dentro del marco del proceso de negociación y a las que puede accederse mediante un acuerdo. También deben explorarse las “alternativas”, que son las posibilidades con que contarán las partes de satisfacer su interés fuera del proceso y sin la colaboración de la otra parte. Cabe aclarar que las “propuestas” son opciones que ya han sido examinadas con tal detenimiento y grado de reflexión que se encuentran en condiciones de ser trasladadas a la otra parte. Es decir, que son “opciones” en firme. Finalmente, la “propuesta”, ya conocida y aceptada es una “solución”.

En el marco de esa doble exploración —de “opciones” y “alternativas”— es que el mediador puede facilitar la introducción de pautas “objetivas” para la cuantificación del daño. Aquí, mediante el juego de roles, o las preguntas circulares, u otros recursos, podrá —evitando siempre asesorar o realizar propuestas— hacer presentes en la mesa de mediación, las estadísticas, la jurisprudencia o las tablas y ecuaciones facilitadoras de la estimación del resarcimiento. También es posible que incorpore la visión del experto, mediante la citación de un tercero, siempre de manera consensuada.

Las partes deben percibir su pretensión (y la de los demás) como legítimas, aun si no la compartieren completamente; para ello el mediador puede promover que las partes utilicen algunos criterios objetivos en la presentación de sus pretensiones.

La mediación es campo de creatividad y la cuantificación del daño, en este ámbito, no escapa a esa característica. Y dentro del profundo respeto que implica el saber y aceptar que quienes construyeron el conflicto son quienes están en mejores condiciones de darle solución, debemos promover que los involucrados hagan sus propias estimaciones y busquen sus propias salidas restaurativas. Al mismo tiempo, será función de los participantes y del mediador proveer las pautas objetivas necesarias para propiciar un acuerdo, cuando ello fuera necesario.

IV. Cierre

Hemos oído que en toda negociación es mejor ser impecable con las palabras, no tomar nada de lo dicho como personal, preguntar antes que suponer y hacer siempre el máximo esfuerzo posible (15). Asimismo, que siempre es mejor agotar las posibilidades de un acuerdo negociado, en el que el poder queda reservado a las partes, que sujetarse después a una sentencia judicial en la que el poder de decidir es ejercido por otro.

La posibilidad de estimar el valor del daño para su cuantificación, sobre la base de pautas objetivas que la misma ley civil establece, no es un futuro emergente sino una realidad de hoy, tanto en la mediación como en la conciliación.

Percibirla y desplegarla solo depende de quien quiera verla.

(15) RUIZ, Miguel, “The Four Agreements” (Los cuatro acuerdos), Ed. Urano, 1998, Barcelona.

Thomson Reuters

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Thomson Reuters

DAÑOS Y PERJUICIOS

Caída de un peatón en una perforación de una obra pública. Falta de seguridad. Condena impuesta a la distribuidora de energía eléctrica, la municipalidad codemandada y la empresa constructora.

Con nota de Emiliano J. Wigutow

La distribuidora de energía eléctrica, la Municipalidad codemandada y la empresa constructora deben responder por los daños sufridos por un peatón que cayó a una excavación a raíz de una obra realizada en la vía pública, pues en virtud de las pruebas producidas no hay dudas de que el accidente y la falta de seguridad que existió al realizar las perforaciones frente al domicilio de la víctima provocó su caída.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída de un peatón en una perforación de una obra pública

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 53

Actividad: Empleada

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$390.000.-

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: \$1.580.000.-

Daños varios: Gastos de tratamiento psicoterapéutico \$50.000.- Gastos de tratamiento kinesiológico \$4.500.-

CNCiv., sala K, 10/09/2019. - Sánchez, Gladys Noemí c. Municipalidad de Presidente Perón y otros/daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/37288/2019]

2ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 10 de 2019.

La doctora *Bermejo* dijo:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la actora, la citada en garantía y los demandados (fs. 449, 451, 452 y 459) contra la sentencia de primera instancia (fs. 437/448), el que fundaron (fs. 464/467, 469/475, 477/478 y 479/482). El accionado y la actora contes-

taron el traslado (fs. 484/485 y 487/490) y, a continuación, se llamó autos para sentencia (fs. 492).

II. Los antecedentes del caso.

La señora Gladys Noemí Sánchez reclamó la indemnización por los daños y perjuicios que alegó haber sufrido en un accidente ocurrido el 25 de septiembre de 2013, a las 5.35 horas aproximadamente (fs. 37/47).

Dijo que, en esa ocasión, salió de su domicilio —sito en la calle ... de la localidad de Guernica, partido de Presidente Perón, Provincia de Buenos Aires— con el fin de ascender a un remis que la trasladaría a su trabajo.

En dichas circunstancias, continúa relatando, antes de lograr aproximarse al vehículo, repentinamente cayó dentro de una profunda excavación quedando tendida en el fondo y sin poder salir por sus propios medios, requiriendo en la emergencia la ayuda de los vecinos y del conductor del remis.

Por dicha caída, dijo haber sufrido los daños que son objeto del presente reclamo, imputando la responsabilidad por el hecho dañoso a la Municipalidad de Presidente Perón, a Edesur SA y a SIBA-UTE (por ser quienes estaban a cargo de la realización de la obra).

Se presentó, por medio de apoderado, Edesur SA, contestó la demanda negando la existencia del hecho y solicitó la citación de la Municipalidad de Presidente Perón como tercero (fs. 60/74).

Contestó el escrito de inicio, también por medio de apodado, la empresa SIBA-UTE, negando que la accionante hubiera sufrido la caída y exponiendo su versión de los hechos (fs. 76/90).

Explicó, en primer término, que la empresa a la cual representa se dedica a la realización obras de tendido y mantenimiento de la red eléctrica para la firma Edesur SA.

En virtud de dicha relación comercial, alegó que le fue otorgada la orden de trabajo N° 4112888 y que las tareas comenzaron el día 20 de septiembre de 2013, de 8 a 17 hs., siendo los días laborables de lunes a viernes.

La tarea del primer día, explicó que comprende la realización de una “cruzada”, que importó atravesar un caño de un lado al otro de la calle, que generalmente se realiza en la ochava, salvo excepciones que no eran del caso.

Asimismo, alegó que cumplidas las referidas tareas, los trabajadores dejaron la zona delimitada y en condiciones de seguridad extrema a fin de evitar cualquier tipo de incidentes.

Por otro lado y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, dijo que el día 23 de septiembre del 2013, recién a las 8 de la mañana (horario de comienzo de las labores) comenzaron las tareas de zanjeo en la cuadra donde denunció que vive la actora y por ello afirmó que nunca existió en el día señalado en la demanda un pozo frente al domicilio de la accionante y solicitó el recazo de la demanda con expresa imposición de costas.

Se presentó en autos SMG Compañía de Seguros y por medio de su representación letrada, reconoció la vigencia del seguro al momento de los hechos y adhirió a la contestación realizada por la demandada (fs. 133/151).

Se dispuso el desglose de la presentación hecha por la codemandada Municipalidad de Presidente Perón por extemporánea (fs. 155).

Finalmente, la actora afirmó que incurrió en un error material al indicar la fecha de los hechos. Al respecto dijo que los mismos ocurrieron el 25 de septiembre de 2013 y no el 23 de septiembre como se había expuesto en la presentación inicial (fs. 177).

Dicha presentación se hizo saber a las partes mediante el proveído del 16 de julio del 2015 (fs. 178).

III. La sentencia.

En la sentencia, se condenó a los demandados a abonar a la señora Sánchez la suma de \$364.500 —haciéndola extensiva a la citada en garantía—, dentro de los diez días de quedar firme el pronunciamiento, con más los intereses que dispuso aplicar desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Las costas las impuso a los vencidos (art. 68 del Cód. Procesal; fs. 459/469 y vta.).

IV. Ley aplicable.

Al igual que lo decidido en primera instancia y que no fue debatido por las partes, la presente acción se analizará desde la perspectiva del Cód. Civil anterior, por ser la ley aplicable al momento de sucederse el evento por el cual se reclama (arts. 3, Cód. Civil; 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

V. Los agravios.

La parte actora cuestiona por exiguas las partidas indemnizatorias fijadas por daño psicofísico y daño moral. Respecto del primero de los rubros, objeta que la señora juez *a quo* no haya tenido en cuenta los elevados porcentajes de incapacidad que padece. En cuanto al segundo de los ítems, se queja por conside-

rar que no se tuvo en cuenta, al momento de justipreciarlo, las limitaciones físico motoras, el prolongado periodo de convalecencia que padeció y como ello afectó su espíritu (fs. 464/467).

La codemandada SIBA-UTE se agravia en primer término de la responsabilidad atribuida por el siniestro. A tal fin, señala que la primer sentenciante aceptó la modificación del día del hecho realizada por la parte actora sin tener en cuenta que mediante la documental aportada se probó que la señora Sánchez no tuvo accidente alguno (fs. 469/475).

Cuestiona que, luego de haberse dado traslado de la demanda y contestado la misma, se haya aceptado un supuesto error material en la confección de la misma sin tener en cuenta lo dispuesto por los arts. 331 y 365 del Cód. Procesal.

Sin perjuicio de lo expuesto, objeta también la valoración de la prueba. Puntualmente critica la testimonial rendida en autos.

Finalmente cuestiona la procedencia y cuantía de los rubros daño físico, tratamiento médico futuro, daño psíquico, tratamiento psicoterapéutico, daño moral y la tasa de interés aplicada al monto de condena.

La codemandada Municipalidad de Presidente Perón se agravia de la responsabilidad que se le atribuyera por el accidente. En tal sentido, entiende que la actora no ha probado la existencia del evento, o sea, que hubo una desidia o falta al deber de cuidado que pesa sobre el guardián de la cosa riesgosa, en el caso concreto, la falta de señalización o cobertura del pozo (fs. 477/478 y vta.).

La empresa de seguros objeta los montos por los cuales prosperaron los rubros incapacidad física y daño moral. Asimismo, cuestiona la tasa de interés aplicada (fs. 479/482 y vta.).

VI. Suficiencia del recurso.

Con carácter previo, corresponde analizar las manifestaciones vertidas por la codemandada SIBA-UTE con respecto a que los agravios deducidos por la parte actora no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo en crisis (fs. 484/485 y vta.).

Debe recordarse que al fundarse la apelación, el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga presentes aun frente a la precariedad de la crítica al fallo, directiva que tiende a armonizar esa carga con la aludida garantía de la defensa en juicio y a delimitar restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos

del recurrente (conf. CNCiv., sala E, del 24/09/1974, LA LEY 1975-A-573; id. Sala G, del 10/04/1985, LA LEY 1985-C-267; conf. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, del 30/04/1984, ED, 111-513).

En ese marco, dado que en la fundamentación cuestionada se ha dado cumplimiento, en lo pertinente, con lo dispuesto por el art. 265 del Cód. Procesal, es que habrá —a mi criterio— de desestimarse la pretensión esgrimida.

VII. La responsabilidad.

Como se sabe, una cosa inanimada, inerte, puede ocasionar un daño cuando actúa como prolongación de la actividad humana (daño con la cosa) o bien si por su situación anormal provoca una contingencia dañosa (daño por la cosa). En ambos casos serán responsables el dueño o guardián pero serán diferentes las causales de eximición, ya que en el primer caso hay presunción de culpa (art. 1113 segundo párrafo, primera parte) y en el segundo, prescindencia de la culpa, ingresando a la órbita de la responsabilidad objetiva (1113, segundo párrafo, segunda parte). En este último supuesto de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, el hecho se produce con un grado de autonomía con relación a la actividad del hombre. Se trata de casos en que la cosa escapa al control humano y basta que el daño derive del riesgo o vicio de la cosa, sea por su situación anormal o por su circunstanciada ubicación de acuerdo con la causalidad adecuada prevista en el art. 901 del Cód. Civil (Alte-rini - Ameal - López Cabana, “Cuestiones modernas de responsabilidad civil”, Bs. As., 1988; “Derecho de daños”, Bs. As., 1992), (conf. expte. N° 104556/ 00 de esta Sala, entre otros).

Lo cierto es que en la denominada responsabilidad objetiva, el actor debe acreditar fehacientemente los presupuestos de hecho y de derecho en que se apoya su pretensión, como indicar a qué objeto le atribuye el carácter de productor del daño, de modo que el Juzgador se encuentre habilitado mediante prueba fehaciente para declarar la viabilidad de la acción, según los diferentes supuestos que la norma consagra (SCBA mayo 29-979, “Peralta, Rogelio c. Frigorífico Swift SA”).

Las recurrentes cuestionan la valoración que de la prueba ha hecho la jueza *a quo* a fin de tener por probado el evento denunciado y atribuirle responsabilidad.

Corresponde primero decir que, en base a lo normado por el art. 377 del Cód. Procesal, se encuentra en cabeza de la actora tanto la prueba del hecho, cuanto la relación causal entre el daño y el evento al que alude en su demanda. La carga de la prueba se

vincula entonces, en grado estrecho, con la necesidad de convencer al juzgador sobre la existencia del hecho afirmado (CNac.Civ. Sala H, 25/02/1999 “Orijuela c. Lirosi s/ daños y perjuicios”). Se trata de una cuestión de hecho, supeditada a la apreciación del juez y que se corresponde con las peculiaridades que rodean la situación (conf. Colombo, “Culpa aquiliana”, T. I, N° 56, p. 1.17; Borda, “Obligaciones”, T. II, NT 1317, p. 243).

Sentado lo expuesto, corresponde analizar en primer término cuándo y qué tipo de obras se estaban desarrollando en proximidades al domicilio de la parte actora. A tal fin, se cuenta en primer término con la pericia contable producida en autos (fs. 324/326, 331/332 y 349/350).

La experta, luego de ir a los domicilios de las accionadas Edesur SA y SIBA-UTE, indicó que los libros que le exhibieron son llevados con las formalidades de la ley.

Además señaló que de la documentación exhibida surge que SIBA-UTE recibió la orden de trabajo N° 4112888 emitida por Edesur SA por medio de la cual se le encargó el trabajo de zanqueo, cruzadas, apisonamiento y montajes. Asimismo se adjuntó al informe una grilla en donde se especifican día por día la fecha, la localidad, la calle, la tarea a realizar, el horario de la misma y el número de orden respectiva (fs. 324/326, 331/332 y 349/350, esp. fs. 349 vta. y 350).

Por otro lado y de modo coincidente con las conclusiones de la anterior pericia, el perito mecánico designado de oficio señaló que la empresa SIBA-UTE, por orden de trabajo 4112888, realizó en el lugar del hecho un tendido de cables de media tensión. Las tareas —continúa explicando— consistieron en una operación de cruzada el 20 de septiembre de 2013, entre las 8 y 17 hs., en la calle ... entre las arterias 116 y 106. Dicha tarea importó canalizar de un lado al otro de la calle un caño para colocar dentro de él un cable de alimentación eléctrica y tareas de zanqueo los días 23, 24, 25 y 26 del mismo mes y año, que consistieron en abrir pozos denominados “ventanas” de 1,20 de metros de profundidad por 0,60 de ancho y por normas de seguridad toda la zona debe ser protegida en forma rígida por vallas de madera o metálicas de 1,50 metros de ancho. (fs. 402/404, esp. fs. 402 y vta., pto. 2).

Además, indicó que de acuerdo a las órdenes de trabajo agregadas en autos, surge que frente al domicilio de en el cual se denunció el siniestro se llevaron adelante operaciones de zanqueo los días 23, 24, 25 y 26 de septiembre de 2013 (fs. 402/403, esp. fs. 403 vta. pto. 4).

Por lo expuesto, el experto concluyó que el relato de la actora resulta ser físicamente posible en el supuesto caso que no se hayan cumplido con las normas de seguridad de la obra (fs. 402/404, esp. fs. 402 vta.).

Dable es precisar que el dictamen debe valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso. Incluso, al apreciar las experticias, los jueces ejercen facultades propias, no teniendo sus conclusiones eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38915, sent. del 26/04/1988, “LA LEY” 1988-D-100, “Acuerdos y sentencias” 1988-I-720, D.J.B.A. 1988-134, 345; SCBA, Ac 49735, sent. del 26/10/1993; Ac 56166, sent. del 05/07/1996; Ac. 61475, sent. del 03/03/1998). Si bien, claro está, para apartarse de ellas debe haber fundamentos serios.

En suma, las reglas de la sana crítica indican que para soslayar la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones valederas, son insuficientes para alejarse de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; CA-Civ. y Com. de La Plata, Sala II, causas 109.550, sent. del 22/07/2008; 115.940, sent. del 30/06/2015, RSD 83/2015; 118.339, sent. del 02/07/2015, RSD 88/2015, entre muchas otras).

Analizadas las características del lugar y de la obra que se realizó allí, corresponde ahora determinar si la señora Sánchez cayó en la zanja abierta y si dicha caída se debió a un incumplimiento en las normas de seguridad en obra por parte de las demandadas.

A tal fin se cuenta con las declaraciones de los testigos propuestos por la actora en la demanda.

La señora Mónica Beatriz Bravo, quien manifestó conocer a la accionante por ser vecina de ella, dijo que el 25 de septiembre de 2013 a las 5.40 horas se encontraba durmiendo en su habitación, que da a la calle, cuando escuchó gritos de pedido de auxilio. En dichas circunstancias, dijo que llamó a su esposo, salió corriendo hacia la puerta y vio un hombre parado mirando hacia abajo. Cuando se acercó, vio a la actora pidiendo auxilio y tapada con tierra. Luego de preguntarle cómo se sentía, entre el chofer del remis, su marido y ella la ayudaron para que se siente al costado del pozo. También manifestó que faltaba una tabla protectora del “corralito” de seguridad y que las tareas de zanjeo habían comenzado el día anterior cuando rompieron la vereda. Finalmente, declaró que su esposo llevó a la señora Sánchez al médico y a la vuelta le comentó que tenía fracturado el brazo y las costillas (fs. 203/204).

El señor Héctor Emilio Galeano, otro de los testigos aportados por la accionante, dijo que ese día, alrededor de las 6 de la mañana, escuchó gritos pidiendo auxilio, encendió la luz y vio un auto detenido al lado de su casa. Cuando salió se dio cuenta que era su vecina y el conductor del remis le dijo que se había caído en el pozo, se acercó para ayudarla y entre ellos dos, junto con su esposa, la incorporaron (fs. 215/216).

En cuanto a las testimoniales ofrecidas por las emplazadas, véase que el señor Gabriel Escalante —quien mantiene una relación laboral con la demandada Edesur SA— se limitó a decir que en esa dirección no se había zanjeado y que las tareas se realizaron los días 23, 24, 25 y 26 de septiembre del 2013. En cuanto a los hechos, dijo que al tomar conocimiento del accidente le preguntó a un frentista si sabía algo quien le manifestó que desconocía tal situación. Finalmente dijo que al final del día la empresa SIBA-UTE debe dejar la zona vallada, señalizada y limpia (fs. 219/220).

Otro de los testigos propuestos por las accionadas, el señor Fernando Gabriel Lopert, quien era dependiente de la empresa SIBA-UTE, reconoció el trabajo que realizaron en esa calle, por recordar que se trataba del tendido de un cable subterráneo de media tensión entre la sub-estación Glew y la localidad de Guernica manifestó que no tuvo conocimiento del accidente y que la tarea de vallado es del capataz de la obra quien, al final del día, debe fiscalizar que este todo en orden (fs. 221 y vta.).

El señor Leonardo V. Gerbasi, dependiente de SIBA-UTE, no aportó tampoco mayores precisiones respecto del hecho. Véase que, luego de explicar cómo son las tareas de zanjeo, dijo que recordaba haber hecho el trabajo en la calle del domicilio de la actora pero que no supo bien el día (fs. 218 y vta.).

El señor Juan Marcelo Vargas, capataz de la firma SIBA-UTE quien no recuerda bien la fecha, pero que si trabajó en la localidad de Guernica, declaró que no tuvo conocimiento del accidente pero que una vez finalizado los trabajos quedó todo con vallas, rejillas en el pozo y carteles señalizando (fs. 222 y vta.).

Cabe destacar que en la apreciación de la prueba testifical el magistrado goza de amplia facultad; admite o rechaza la que a su criterio indique como acreedora de mayor fe o descartando la incongruente o inverosímil, en concordancia con los demás elementos de mérito que obren en el expediente (CNCom. Sala B, abril 13-2007, Lexis 1/1022623).

Es que se le ha reconocido al magistrado una amplia facultad en la apreciación de la prueba testimonial, pudiendo admitir la que a su justo criterio aparezca como objetivamente verídica o rechazar la

que así no considera (CNCiv. Sala H, dic. 20/2002, Lexis 1/5516135; CNCiv. Sala M, octubre 31/1990, Lexis, 2/13100; CNCiv. Sala D, feb.22-2007, Lexis 1/70037544-1).

En suma, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, encuentro veraces las declaraciones aportadas por la señora Bravo y el señor Galante, las que valoraré positivamente ante la ausencia de otros medios probatorios que logren convicción judicial en contrario.

En dicho entendimiento, la credibilidad de estos dos testimonios resulta a mi criterio incuestionable, ya que los mismos dieron clara razón de su presencia en el lugar, que han sido precisos al declarar respecto de los hechos en cuestión, los que por otro lado presenciaron.

Por otro lado, en lo que respecta a los dichos de los señores Gerbasí, Escalante, Lopert y Vargas, más allá de su condición de dependientes de las accionadas y que sus declaraciones deben analizarse de manera restrictiva, lo cierto es que existen entre ellos imprecisiones y falta de concordancia en las fechas en que se realizaron las obras, a lo que se suma que no aportaron ninguna precisión respecto de si se vallaron o no las perforaciones cercanas al domicilio de la actora.

Además, cabe destacar y corrobora los hechos expuestos tanto en la demanda como en las declaraciones de los testigos de la parte actora, la circunstancia acreditada de que el mismo día del accidente la señora Sánchez fue atendida en “Policonsultorios Prosalud”, sitios en el barrio San Pablo de la localidad de Guernica, Partido de Presidente Perón, provincia de Buenos Aires, donde le diagnosticaron fractura de la 11° costilla derecha y de brazo derecho. Asimismo le indicaron el tratamiento a seguir y le prescribieron la medicación que debía tomar (fs. 226/230).

A esta altura del análisis y en virtud de la prueba producida considero que no hay dudas de que el accidente acaeció el 25 de septiembre del 2013 y que la falta de seguridad en obra que hubo al realizar las perforaciones frente al domicilio de la actora, provocó su caída (arts. 1113, CC; 7, CCCN; 386, 456, 456, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En cuanto a la variación de la fecha de los hechos que hizo la accionante luego de corrido el traslado y que la emplazada expone en el memorial de agravios como una modificación de la pretensión inicial y que por ello se estaría obviando lo que dispone los arts. 331 y 365 del Cód. Procesal, dicha situación, de acuerdo al análisis de la prueba y de lo manifestado en el incidente de beneficio de litigar sin gastos, no es considerada como tal.

Véase en este sentido que, si bien el art. 331 del Cód. Procesal dice que “el actor podrá modificar la demanda antes de que esta sea notificada”, lo que ocurrió en la especie es que únicamente se informó un error material en cuanto a la fecha de los hechos dejando en similares términos los sujetos, el objeto y la causa que constituyeron el eje de la pretensión inicial. Es decir, no puede afirmarse que hubo una modificación de lo peticionado, sino sólo una rectificación de uno de los datos.

Al respecto hay que tener presente que habrá modificación o ampliación de la demanda cuando se alteran o varían las identidades de sujetos, objeto o causa. Así, en relación a los sujetos, acontecerá modificación de sujetos cuando se incorporen nuevos a la relación procesal existente o se cambie la situación jurídica de ellos; habrá alteración del objeto cuando se cambie la cosa demandada o la naturaleza del pronunciamiento que se pretende y por último habrá una reformulación de la causa cuando se altere el hecho en el cual se funda la pretensión y las consecuencias jurídicas que de él se solicitan (conf. Fassi Santiago C., Maurino, Alberto L. “Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado”, Ed. Astrea, ps. 157/158 y jurisprudencia allí citada).

Por otro lado, no hay que perder de vista que el error material en la confección de la demanda informado por la actora se puso en conocimiento mediante el proveído que hacía saber dicha situación a las partes, quienes guardaron silencio en dicha oportunidad. Por ello, en función del principio de preclusión que tienen los actos procesales, el mismo se encuentra firme y no resulta ser la expresión de agravios contra la sentencia, la etapa procesal oportuna para su cuestionamiento.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que de la compulsa del incidente de beneficios de litigar —que en este acto se tiene a la vista y fue iniciado y sorteado el mismo día que estos obrados— se desprende que en el escrito inicial mediante el cual se solicitaba la franquicia se indicó como fecha del accidente el 25 de septiembre de 2013, cuestión esta que da la pauta de que ese día acontecieron los hechos y que hubo un error material al señalarlo en la demanda en estos obrados, como así lo manifestó la accionante (conf. fs. 4 y vta. del expte. 57768/14).

En consecuencia, propongo al Acuerdo confirmar la condena contra SIBA-UTE SA, Edesur SA y Municipalidad de Presidente Perón, haciéndola extensiva a “SMG Cía. Argentina de Seguros SA”.

VIII. La indemnización.

a) Daño psicofísico.

En la instancia de grado se reconoció por este rubro la suma de \$200.000. La actora cuestiona el monto reconocido por entender que no guarda relación con la magnitud del daño que padeció y su proyección sobre su vida futura.

La demandada SIBA-UTE y la citada en garantía consideran que el grado de incapacidad que padeció la víctima fue transitorio y por ello objetan el monto fijado por improcedente y excesivamente elevado.

En el supuesto de lesiones, el daño patrimonial se configura cuando existe incapacidad o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, que incide en las posibilidades laborales y en tanto generan una restricción de la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente.

Es decir, probada la merma de esa aptitud para tener un trabajo, el daño ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor (Cám. Apel. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, “Arregui, Selva M. c. Almendras, Alba José P. s/ ds. y ps., causa N° 120788).

Respecto al daño psíquico, el artículo 1068 del Cód. Civil al referirse a “perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”, indirectamente por mal hecho a las “facultades” de la persona, permite emplazar allí todo detrimento económico a la salud del ser humano, comprensivo de sus aptitudes físicas y psíquicas que le permiten desarrollarse como tal entre ellos al denominado daño psicológico (SCBA, opinión personal del señor Juez doctor Pettigiani, causa C 58505, sent. del 28/04/1998 y en C 90471, sent. del 24/05/2006), ello siempre está sujeto a que se reconozca su existencia pues, caso contrario, se produciría un enriquecimiento injustificado en el patrimonio del actor (Cám. Civ. y Com. de La Plata, Sala II, causas 107.513 del 18/05/2010, RSD-667/2010; 111.799).

A fin de valorar el quantum indemnizatorio reconocido por este daño, se cuenta con las conclusiones del perito designado de oficio en autos, quien luego de analizar las constancias médicas y realizar los exámenes físicos, concluyó que como consecuencia del accidente la señora Sánchez padeció politraumatismos, con traumatismo cervical, fractura costal y del hombro derecho, quedando como secuelas una cervicobraquialgia crónica con alteración del electro-miograma y una omalgia por tendinitis y desgarro del manguito rotador. Además, señaló que el accidente produjo en la actora una incapacidad total y transitoria de 45 días.

Por todo lo expuesto, el galeno concluyó que como consecuencia de las lesiones sufridas en el siniestro padece una incapacidad parcial y permanente del 14,5% (fs. 280/283, 298, esp. fs. 283; arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En este punto del análisis se desprende que, contrariamente a lo sostenido por las emplazadas recurrentes, la incapacidad transitoria a la que se refirió el perito en el informe se correspondía al lapso de tiempo en que la demandante estuvo convaleciente y no a la incapacidad parcial y permanente informada en el mismo peritaje.

Sentado lo expuesto y por otro lado, en el aspecto psíquico, la licenciada designada de oficio en autos luego de realizar las entrevistas y test pertinentes, concluyó que como consecuencia del siniestro la emplazante padece un trastorno por estrés post traumático que le genera una incapacidad del 20% que se manifiesta en un estado anímico que es variable y en la generación de traumas por los miedos generados ante la obsesión por el accidente (fs. 245/252, fs. 279 esp. fs. 251 y vta. y fs. 279).

Valoraré positivamente a la luz de la sana crítica los términos de ambos peritajes por no encontrar en autos, ni en las impugnaciones intentadas, elementos que posean la entidad suficiente como para apartarme de las conclusiones arribadas por los expertos en el ámbito de sus conocimientos específicos (arts. 386 y 477 del Cód. Procesal).

En consecuencia, valorando los términos de los peritajes, las circunstancias personales de Gladys Noemí Sánchez, quien contaba con 53 años de edad a la fecha del accidente, empleada y teniendo en cuenta las incapacidades que padece, es que postulo al acuerdo incrementar la suma reconocida por incapacidad psicofísica a la cantidad de pesos un millón quinientos ochenta mil (\$1.580.000; 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 386, 477 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

b) Gastos de tratamiento psicoterapéutico y kinesiológico.

La señora Juez *a quo* reconoció por estos ítems las sumas de \$50.000 y \$4.500 respectivamente.

La demandada cuestiona los montos y la procedencia del rubro tratamiento psicológico por entender que se estaría incurriendo en una doble indemnización por un mismo punto, al haberse fijado un monto por incapacidad psicofísica.

Esta Sala en reiteradas oportunidades se ha expedido en el sentido de que “no existe incompatibilidad entre los gastos de tratamiento psicológico futuro y la

inclusión del daño psíquico como integrante de la incapacidad. Este último responde a la incapacidad ya ponderada y el tratamiento sugerido no asegura que se superará la incapacidad psíquica. (conf. “Medina, Hilda A. c. Empresa de Transporte Automotor Plaza SA s/ daños y perjuicios” Libre 462.468; 06/06/2007; “Piaggio, Eduardo c. Consorcio de Propietarios 25 de Mayo s/ Daños y Perjuicios”), El hecho de que se haya reconocido la indemnización por daño psíquico, no obsta la del tratamiento psicológico ya que se trata de indemnizar diferentes daños. El tratamiento psicológico apunta a evitar que la dolencia psíquica se agrave, o en todo caso, a mejorar sus síntomas, pero resultando del hecho dañoso una incapacidad permanente, no puede asegurarse su recuperación total (conf. esta Sala Disalvo, Carlos A. c. Martínez Gonzalo, Hernán y otros s/ daños y perjuicios, libre n° 455.522).

Sentado lo expuesto a fin de valorar el presente rubro se cuenta con las conclusiones a las que arribó la perito psicóloga en autos quien luego de entrevistar a la actora concluyó que a fin de aliviar la sintomatología resultaría significativo la iniciación de un tratamiento de dos años de duración con una frecuencia semanal a un costo de \$500 por sesión (conf. fs. 245/252, 279, esp. 251).

Respecto del tratamiento kinesiológico, el perito médico determinó su necesidad a fin de mejorar la sintomatología y estimó el costo para 30 sesiones en la suma de \$4.500 (conf. fs. 280/283, 298, esp. 283).

Por lo expuesto, valorando los términos de los peritajes conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Comercial), teniendo en cuenta que la duración y frecuencia del tratamiento psicoterapéutico importaría la erogación de \$500 por sesión para solventar 104 sesiones, lo que arroja un costo total de \$52.000 y por el principio de la prohibición de la reformatio in peius —por la cual no puede empeorarse la situación de los recurrentes—, postulo confirmar los montos establecidos en la sentencia en crisis (arts. 165, 386, 477 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

c) Daño moral.

La señora juez de grado otorgó la suma de \$100.000 por este concepto.

La parte actora se agravia solicitando su incremento por entender que el monto fijado no guarda relación con los reales padecimientos padecidos.

Las accionadas dirigen su cuestionamiento hacia lo desmedida que resulta a su criterio tal justipreciación. En tal sentido sostienen que, si bien este rubro no requiere prueba específica, no se ha demostrado

la lesión a los sentimientos y/o afecciones legítimas de la actora.

Cabe consignar que se define al daño moral como la modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Matilde Zabala de González, “Daños a las personas”, T. 2°, p. 49).

Como se ha dicho, el reconocimiento y resarcimiento de este tipo de detrimento depende —en principio— del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de su existencia como es este caso en el cual la víctima ha padecido lesiones, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna cuando ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica y es al responsable del evento dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral (S.C.B.A., Ac. 41.539, sent. del 21/11/1989, publicado en D.J.B.A. 1990-138, 15, en “Acuerdos y Sentencias” 1989-IV-219; Ac. 55.648, sent. del 14/06/1996; Ac. 56.328, sent. del 05/08/1997, publicado en “El Derecho” 182-134, “Acuerdos y Sentencias” 1997-IV-9; Ac. 59.834, sent. del 12/05/1998; Ac. 64.247, sent. del 02/03/1999, “Acuerdos y Sentencias” 1999-I-360; Ac. 82.369, sent. del 23/04/2003).

Aprecio que las características del suceso protagonizado por la señora Sánchez, las cuales repercutieron en su faz psicofísica, han alterado su ánimo y tranquilidad espiritual configura un detrimento que debe ser subsanado bajo este concepto.

En definitiva, en vista a la incidencia en el ánimo por las lesiones sufridas, propicio incrementar el monto establecido en la sentencia en crisis a la de pesos trescientos noventa mil (\$390.000; arts. 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IX. Tasa de interés.

La jueza *a quo* fijó la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el momento en que se produjo el perjuicio (25/09/2013) y hasta el efectivo pago.

Los accionados consideran que dicha tasa configura un enriquecimiento indebido a favor de la actora y requieren que se aplique un interés del 6% desde el hecho hasta el pago o de la sentencia de primera instancia y/o en su defecto la tasa de interés pasiva, en razón de que los montos sentenciados son deudas de

valor y han sido valorados a la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia.

La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos setenta SA s/daños y perjuicios”, dejó sin efecto la fijada en los plenarios “Vázquez, Claudia A. c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios” del 2 de agosto de 1993 y “Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios” del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora *ex lege* nace en ese momento (conf. art. 1067 Cód. Civil).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora —en el caso, el hecho— que resulta computable.

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda.

Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos setenta SA sobre daños y perjuicios”, no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha

de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente.

Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Cód. Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de “Samudio”, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Cód. Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Cód. Procesal.

Por las razones brindadas, propongo al acuerdo confirmar el decisorio recurrido en cuanto fija la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios”), desde la fecha del hecho (25/09/2013) hasta su efectivo pago.

X. Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, propongo al acuerdo: 1) incrementar los montos reconocidos por incapacidad psicofísica y daño moral a las sumas de \$1.580.000 y \$390.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio; 3) Costas de Alzada a cargo del accionado en su condición de vencido (art. 68 del Cód. Procesal).

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos, el Tribunal decide: 1) incrementar los montos reconocidos por incapacidad psicofísica y daño moral a las sumas de \$1.580.000 y \$390.000 respectivamente; 2) Confirmar la sentencia

en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio; 3) Costas de Alzada a cargo del accionado en su condición de vencido (art. 68 del Cód. Procesal). Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del Cód. Procesal). Se deja constancia que la difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase. — *Silvia P. Bermejo.* — *Oswaldo O. Álvarez.* — *Oscar J. Ameal.*

Bemoles de la responsabilidad por daños derivados del mal estado de las aceras

Emiliano J. Wigutow (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos.— III. La responsabilidad de las demandadas.— IV. Encuadre jurídico de la cuestión.— V. El factor de atribución aplicable.— VI. La correcta señalización no anula el riesgo. El rol de la culpa de la víctima.— VII. La cuestión probatoria.— VIII. El Estado puede también ser condenado por su omisión ilegítima.— IX. Palabras finales.

I. Introducción

El fallo que comentamos aborda una cuestión harto conocida por nuestros tribunales, como lo son los daños sufridos por transeúntes al accidentarse como consecuencia del mal estado de una vereda de la ciudad o, en este caso, de un barrio de la provincia de Buenos Aires. Se trata de una temática que, pese a lo frecuente, no deja de presentar aristas que resulta interesante

analizar; y es ello a lo que nos dedicaremos en este trabajo.

II. Los hechos

La actora promovió un reclamo ante la Justicia Nacional en lo Civil por los daños que experimentó la mañana del 25 de septiembre de 2013, cuando se dirigía a la calle con la intención de ascender a un remise y cayó accidentalmente en una profunda excavación ubicada en la vereda de su domicilio.

En el expediente se probó, a partir de las pruebas periciales (contable y mecánica), que la excavación había sido realizada por la empresa

(*) Maestrando en Derecho Civil Constitucionalizado (Universidad de Palermo). Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Contratos y Daños (Universidad de Salamanca).

SIBA-UTE, con el fin de realizar el tendido de cables de media tensión. Se demostró, además, que esa empresa había ejecutado las obras fueron por encargo de Edesur SA, en virtud de una orden de trabajo que incluíazanjeos, cruzadas, apisonamiento y montaje del cableado correspondiente.

A su vez, mediante la declaración testimonial de dos vecinos de la víctima y los registros del nosocomio en el que recibió atención médica luego de accidentarse, se tuvo por comprobada la existencia del hecho dañoso (esto es, la caída de la actora en la excavación), así como que dicha caída fue provocada por “...la falta de seguridad en obra que hubo al realizar las perforaciones frente al domicilio de la actora”.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias del infortunio, la prueba pericial médica reveló que el evento dañoso había generado a la víctima un cuadro de politraumatismos, con traumatismo cervical, fractura costal y del hombro derecho, quedando como secuelas una cervicobraquialgia crónica con alteración del electromiograma y una omalgia por tendinitis y desgarramiento del manguito rotador. Todo ello le produjo a la actora una incapacidad total y transitoria de 45 días, además de una incapacidad física parcial y permanente del 14,5% y una incapacidad psíquica del 20%.

Con base en las referidas probanzas, la Alzada confirmó la decisión de primera instancia en tanto atribuía responsabilidad por el hecho a SIBA-UTE, Edesur y la municipalidad de Presidente Perón, haciendo extensiva la condena también a la citada en garantía; todo ello, sin brindar mayores precisiones en torno al fundamento de la responsabilidad atribuida a cada uno de los condenados.

Si bien, como se mencionó, la sentencia de la cámara de apelaciones coincidió con la magistrada de la instancia anterior en el aspecto sustancial de la condena, no fue así en lo relativo al monto de condena. Este aspecto merece un párrafo aparte, ya que no deja de llamar la atención que distintos jueces, que han tenido a la vista los mismos elementos de prueba, hayan

podido llegar —sin mayores justificaciones— a soluciones de cuantificación tan distintas (1).

III. La responsabilidad de las demandadas

La sentencia que se analiza desarrolla muy brevemente los fundamentos de la responsabilidad atribuida a los condenados. De hecho, no se especifica qué rol ha desempeñado cada demandado en la producción del daño. No obstante, por las referencias realizadas al art. 1113, párr. 2º, parte 2ª, del Cód. Civil derogado, el fallo deja en claro que se trata de una responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa.

Esta solución, aunque acertada, merece un mayor desarrollo, de modo que volveremos sobre ella en los puntos que siguen.

IV. Encuadre jurídico de la cuestión

Es habitual que ante nuestros tribunales se planteen casos como el examinado, tanto en los fueros ordinarios como en la justicia federal. Las aceras muchas veces presentan pozos o baldosas faltantes o quebradas; y, también con bastante frecuencia, son escenario de obras vinculadas a la instalación, mantenimiento o mejoras de distintos servicios públicos, tales como el gas natural, el agua corriente o —como sucede en el caso analizado— el suministro de energía eléctrica.

No es de extrañar que, en terrenos que presentan semejante grado de deterioro, más de un transeúnte sufra accidentes al llevar a cabo una actividad tan simple y cotidiana como lo es la de caminar por la vía pública. Las aceras con defectos u obstáculos tienen, sin duda alguna, aptitud para generar daños a los peatones; y tal conclusión se vuelve mucho más clara cuando a la ecuación se adicionan otros elementos que las tornan aún más peligrosas: congestión de transeúntes en algunos centros urbanos, deficiencias en el alumbrado público que dificultan o impiden divisar las imperfecciones de la acera y/o falta de señalización adecuada de una obra

(1) La sentencia de primera instancia reconoció una indemnización total de \$364.500, mientras que la Alzada elevó ese monto a la cantidad de \$2.024.500. Es decir, más de cinco veces más de lo reconocido por la jueza de grado.

(que incluye escombros o profundas excavaciones) en plena vía peatonal.

Puede parecer una obviedad, pero es importante señalar que para que se configure la responsabilidad de alguno de los sujetos usualmente involucrados en estos conflictos (propietario frentista, el Estado local o una empresa que ejecuta una obra), es menester la existencia de un vicio que produzca que la vereda sea impropia para su destino. Ese vicio puede estar dado tanto por un desperfecto en la superficie, como una zanja abierta, pozos o baldosas rotas, como por la presencia de algún objeto sobre la acera, tales como escombros, una pila de tierra, vidrios, o alguna sustancia que la torne resbaladiza.

A su vez, el tipo de vicio que se verifique en el caso concreto puede incidir en torno a la existencia o ausencia de responsabilidad de alguno de los sujetos involucrados. Es muy distinto que el daño se produzca por el mal estado de la vereda en sí misma, a que se genere por la presencia ocasional de un objeto peligroso sobre la vereda.

En el primero de los casos, como las aceras son bienes que pertenecen al dominio público [art. 235, inc. f), del Cód. Civ. y Com. (2)], corresponde concluir que, cuando estas se encuentran en mal estado y por tal deficiencia alguien sufre un daño, el Estado local debe responder en su carácter de dueño de la cosa que, por presentar un vicio, resulta riesgosa para los transeúntes. Eventualmente podría también considerarse responsable al propietario frentista, ya que, por lo general, los estados locales trasladan la guarda de las veredas a dichas personas. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, donde se ha delegado la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas a los propietarios frentistas (3).

En el segundo caso, en cambio, la conclusión es diferente. Si la vereda se encuentra

en buen estado de conservación y el daño se produce por la presencia de algún elemento extraño que la vuelve riesgosa, no existirían motivos para imputar responsabilidad al Estado, a menos que tales elementos también sean de su propiedad, o que, aun siendo ajenos, fuera previsible su existencia o permanencia en el lugar.

Esta última disquisición ha sido deslizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un reciente fallo (4), en el que dejó sin efecto una sentencia de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había condenado al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por los daños que sufrió un transeúnte con motivo de su caída en la vereda por la que caminaba y en la que se encontraban unos vidrios. La Alzada había considerado que el Gobierno de la Ciudad era responsable por las deficientes y peligrosas condiciones de la vereda, pues tenía a su cargo el deber de atender a la seguridad de los habitantes y de controlar que la vía pública se mantuviera en forma apta para la normal circulación. Sin embargo, la Corte descalificó la solución del *a quo* por haber prescindido de considerar que el objeto que causó el daño al actor (los vidrios rotos) no era propiedad del Estado local, a la vez que destacó que no se había probado que los daños sufridos por la víctima hubieran sido consecuencia de un mal estado de conservación de la vereda, sino que —por el contrario— se había demostrado que las heridas habían sido originadas por vidrios abandonados en la vía pública por el propietario frentista.

En definitiva, aunque resulta esencial que en el marco del litigio se pruebe la existencia del infortunio y el preciso lugar en el que ocurrió, el solo hecho de que se verifique un accidente en una vereda no resulta suficiente para responsabilizar al dueño de dicho bien público ni al propietario frentista. Incluso si se prueba el accidente y el daño aducido, es necesario que se acredite también la existencia de un vicio que torna riesgosa a la acera y el contacto material entre esa cosa riesgosa y la presunta víctima del daño.

(2) En el mismo sentido se regulaba en el Código Civil derogado, en el art. 2340, inc. 7º.

(3) Ordenanza 33.721 de la entonces municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

(4) CS, 07/02/2019, causa “Oddo, Leandro Lucero c. Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios” (Fallos 342:39).

V. El factor de atribución aplicable

Decíamos con anterioridad que la sentencia en comentario había resuelto —en forma acertada, pero con escaso desarrollo argumentativo— condenar a las demandadas sobre la base del art. 1113, párr. 2º, parte 2ª, del Cód. Civil derogado; es decir, que consideró se trataba de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de la cosa.

La solución es indudablemente acertada, ya que es claro que una vereda que cuenta con una zanja abierta en las condiciones expuestas en la sentencia (sin las debidas protecciones y señalización) comporta una cosa riesgosa en los términos del párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil derogado y del actual art. 1757 del Cód. Civ. y Com.

Coincidimos con quienes consideran que, en estos casos, “la cosa” es la vereda, mientras que la excavación carente de señalización resulta ser un vicio que la hace impropia para su destino (transitarla) y, por lo tanto, riesgosa para los transeúntes (5).

En este sentido, explica Sagarna: “Un pozo, una zanja, una excavación o una depresión —según las características— integran un todo que es el terreno, sea este la vereda, la calzada o un inmueble cualquiera. A nuestro criterio la cosa es el terreno que contiene el pozo, y este es el vicio que la hace impropia para su destino, es decir una vereda con una excavación es impropia para caminar, una calle con un bache lo es para circular, etc. El pozo constituye el vicio de la cosa (conf. art. 2164, Cód. Civil), y si ese pozo provoca perjuicios, el supuesto se encuadra en el art. 1113, párr. 2º, parte 2ª, del Cód. Civil cuando responsabiliza al dueño o guardián de la cosa que genera riesgo o es viciosa” (6).

También se ha dicho, siguiendo la misma línea, que “...jurídicamente una depresión, excavación, pozo, zanja, montículos de tierra u

obstáculos similares en una calle o ruta, o el automóvil estacionado fuera de la banquina, o el foso donde puede caer una persona, etc.; deben ser considerados cosas generadoras de riesgos en el sentido del art. 1113 del Cód. Civil, atento que importan de su parte la creación o existencia de una situación anormal. Por lo que consecuentemente, de llegar a provocar daños, darán nacimiento a la responsabilidad civil de su dueño o guardián” (7).

No estamos de acuerdo con quienes se inclinan por considerar que el pozo, zanja, o defecto del que se trate, es “la cosa riesgosa” en sí misma, aunque vale destacar que la solución no cambia en lo sustancial, sea cual sea la postura que se adopte.

El factor de atribución del daño, en definitiva, es el riesgo creado. Y los sujetos a los que se les imputa la creación de ese riesgo, generalmente son:

a) Por un lado, el Estado local del que se trate (municipio o Ciudad Autónoma de Buenos Aires), en su carácter de dueño de la cosa viciosa —y, por tanto, riesgosa— que causa un daño [art. 235, inc. f), del Cód. Civ. y Com.).

b) Por otro lado, y en forma concurrente con el anterior, el propietario frentista, que es guardián de la custodia y mantenimiento de la porción de vereda correspondiente a su inmueble (8). Aunque es importante tener en cuenta que el deber de conservación de la acera que tiene el propietario frentista no absorbe ni elimina la obligación que tiene la municipalidad en cumplimiento de sus fines específicos, de vigilar el estado de las calles y aceras de la ciudad, responsabilidad esta de carácter primario y fundamental que debe traducirse ante todo en advertencias y/o requerimientos a los propietarios frentistas para que procedan a efectuar las reparaciones del caso (9).

(7) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Daños sufridos por un peatón por la defectuosa cobertura de una obra en ejecución”, LA LEY del 28/11/2012, p. 8; y sus citas.

(8) SILVESTRE, Norma O., “Responsabilidad del propietario frentista ¿Es siempre responsable por deterioros en las veredas públicas?”, RCyS 1999-383.

(9) BREBBIA, Roberto H., “Responsabilidad por el daño sufrido por un peatón a consecuencia del mal esta-

(5) En este sentido, por ejemplo, CNCiv., sala G, 22/01/2007, causa “Merendi, Marisa c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”; entre otros.

(6) SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad por daños causados por pozo en la acera”, LA LEY Córdoba 1999-521.

c) Por último, puede también ser responsable algún tercero que haya generado un riesgo para los transeúntes en virtud de algún tipo de intervención sobre la superficie de la vereda, aunque cuente con la debida autorización para hacerlo. Esto incluye a empresas de servicios públicos o privados que realicen obras sobre la acera y a cualquier otra persona (v.gr., un puestero) que coloque objetos sobre ese terreno público.

Ahora bien, vale la pena preguntarse, ¿pueden el dueño de la vereda eximirse de responsabilidad invocando que el daño fue generado por un tercero (v.gr., una empresa de servicios públicos) por quien no debe responder?

Dado que las aceras pertenecen al dominio público, creemos que difícilmente pueda eximirse de responder si el tercero que generó el daño operó con la debida autorización de la autoridad competente, ya que —según tiene dicho el Alto Tribunal— los órganos administrativos tienen la potestad irrenunciable de verificar y controlar el cumplimiento efectivo y eficiente del contrato (en el caso, se trataba de una obra pública), de modo de impedir que se causen daños a terceros ajenos a su ejecución (10).

En este sentido, se ha afirmado: “En tanto las empresas de servicios públicos deben requerir a la municipalidad los correspondientes permisos para y con carácter previo a la realización de los trabajos en la vía pública, queda a cargo de aquella el deber de vigilancia y control, tendientes a procurar las mayores condiciones posibles de seguridad y evitar que se causen perjuicios a terceros” (11). Consecuentemente, y en tanto el

do de la acera”, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, t. III, 01/01/2007, p. 1029.

(10) CS, 29/06/2004, causa “Roque Reymundo e Hijos SACIFAI c. San Luis, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos 327:2764).

(11) COSSARI, Maximiliano, “Daños ocasionados por baldosas en mal estado en la vía pública”, LA LEY del 16/08/2019, p. 3. En el mismo sentido, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que “...pesa sobre la municipalidad el deber de controlar que las aberturas que se realicen con su autorización en la vía pública sean adoptadas las precauciones necesarias para que de ellas no se deriven perjuicios para terceros. Y es por eso que se halla facultada por el ordenamiento jurídico para realizar verificaciones a ese fin, labrar actas comprobatorias de eventuales in-

gobierno local conserva la titularidad y control de las calles, no puede autorizar la apertura de zanjas y desentenderse totalmente de los daños que se produzcan, so pretexto de que la responsabilidad recae sobre la empresa que hizo el trabajo (12).

Por ello, parece acertada la postura que entiende que el hecho de que la existencia del pozo en cuestión se haya debido a los deterioros causados por la actividad de una empresa que realizaba trabajos sobre la acera no libera a la municipalidad; ella conserva la titularidad de la cosa riesgosa y no se exime de su obligación de vigilar el estado de las calles y aceras, en cumplimiento de sus fines específicos (13).

La solución podría ser distinta si la excavación es realizada sin el conocimiento de la autoridad competente. En ese caso, como se verá más adelante (y como deslizo la Corte Suprema nacional en el precedente “Oddo” antes citado), entrarán a jugar cuestiones probatorias vinculadas a la previsibilidad del daño, de modo de poder imputarle una falta de servicio al Estado comunal.

VI. La correcta señalización no anula el riesgo. El rol de la culpa de la víctima

Resulta interesante cuestionarse si, en casos como el analizado, lo que vuelve a la vereda una “cosa riesgosa” es la falta de elementos idóneos de protección y señalización alrededor de la excavación realizada, o bien si la sola existencia del pozo es suficiente para que la acera alcance aquel *status* de peligrosidad.

En puridad, parece razonable considerar que toda vereda que presente algún tipo de vicio como los descriptos (zanjas, pozos, baldosas quebradas o faltantes, etc.) es una “cosa riesgosa”. Y el hecho de que el vicio o desperfecto se encuentre apropiadamente señalado y delimi-

fracciones y aplicar sanciones a sus autores a través de la justicia municipal de faltas (causa “Springer de Miguel, Ernestina M. c. Cruces Hermanos SA y otros”, del 13/03/1992).

(12) CNCiv., sala G, 22/10/2007, causa “Merendi, Marisa c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”.

(13) COSSARI, Maximiliano, “Daños ocasionados...”, cit.

tado no elimina aquel riesgo, sino que tiene impacto en otro tópico de suma trascendencia en casos como el analizado, como lo es el del “hecho de la víctima” como suceso interruptivo de la relación de causalidad.

En efecto, en aquellos casos en los que el defecto que torna riesgosa a la vereda se encuentre debidamente señalado o resguardado, será mucho más sencillo para los demandados eximirse de responsabilidad invocando que el “hecho del damnificado” ha incidido causalmente en la producción del daño (art. 1729 del Cód. Civ. y Com.). No significa que la vereda haya dejado de ser riesgosa, sino que, si el accidente ocurrió incluso con una apropiada señalización y barreras de seguridad, es posible que no encuentre su “causa” en el riesgo de la cosa, sino en la imprudencia, excesiva desatención o incluso temeridad de la propia víctima. Todo dependerá de que esa circunstancia logre ser probada.

Como queda a la vista, se trata de una cuestión de causalidad (el daño encuentra su causa en el hecho de la víctima) y no de eliminación de riesgo, ya que el vicio, aunque esté correctamente señalado, sigue presente en la cosa.

Claro está que en el caso opuesto —o sea, cuando los encartados no toman las medidas de seguridad correspondientes— resulta prácticamente imposible que se atribuya a la víctima la eficacia causal del accidente. En este sentido se han expedido diversos pronunciamientos judiciales al señalar, por ejemplo, que no es posible poner en cabeza de la accionante la obligación de extremar las precauciones, cuando se supone que quien camina por una vereda como la que se trata, lo hace por un lugar habilitado a tales efectos y desprovisto de riesgos y —por ende— en condiciones aptas para ello (14).

En la misma línea, se ha dicho: “...el argumento de que medió culpa de la víctima porque caminaba distraída por el lugar, no puede ser admitido, pues no existe norma, ni principio razonable, que impida a una persona transitar a pie y a marcha normal por lugares destinados a ese fin, como son las veredas, ocupando su

mente en cosa distinta. Ello así porque el tránsito peatonal por sitio permitido no puede causar daño a nadie que, a su turno, respete ese lugar de tránsito. Y al desplazarse por la vereda, aun cuando lo hubiese hecho distraída, la actora no violó ningún deber jurídico de cuidarse; por el contrario, fueron las demandadas las que —en el caso— violaron el deber jurídico de mantener la cosa en condiciones de no ser, por su estado defectuoso, la causa de daños a terceros” (15).

A su vez, en un llamativo caso tramitado ante el fuero Civil y Comercial Federal, se resolvió que “no hay prueba concreta que dé fundamento a la atribución de un proceder culposo a la actora, persona no vidente de 65 años, que caminó por la vereda de la calle Pujol al 1100, cuya superficie estaba —salvo un pequeño caminito en un costado— completamente abarcada por el pozo que cavó SEGBA y dejó sin vallado ni protección alguna, con evidente riesgo y peligro para cualquier niño pequeño o persona con afecciones visuales o con algunas copas de más; máxime que no se ha aportado prueba fehaciente sobre el grado de visibilidad de la excavación en horas de la noche o la previsibilidad de su hondura en días de lluvia muy intensa” (16).

Por último, en otro de los tantos precedentes que abordaron esta cuestión, se dijo que la sola circunstancia que el peatón circule distraído por la vereda no constituye, tampoco, argumento suficiente para fundar la existencia de su propia culpa; a poco que se advierta que el hecho de desplazarse por la acera y aún desapertadamente, no viola ningún deber jurídico de cuidado. Es por ello, entonces, que no corresponde atribuir culpa al parroquiano que sufriera una caída en la vereda como consecuencia del mal estado de esta, en tanto resulta imposible poner en cabeza de la víctima la obligación de extremar precauciones cuando se supone que quien camina por estos tipos de sendas o de trayectos, lo hace por un lugar habilitado a tales efectos.

(15) CNFed. Civ. y Com., sala II, 15/04/2003, causa “Ojeda María Elena c. Edesur SA s/ daños y perjuicios”; y ,30/12/2013, causa “Kellemborg Silvia Beatriz c. Banco de la Nación Argentina y otro s/ daños y perjuicios”.

(16) CNFed. Civ. y Com., sala III, 22/04/2003, causa “Contreras Ramona Ernestina Nicolasa c. SEGBA s/ responsabilidad extracontractual del Estado”.

(14) CNFed. Civ. y Com., sala I, 28/04/2011, causa “De Souza Da Encarnacao Beatriz Noemi c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”.

tos y —por ende— en condiciones aptas para ello (17).

VII. La cuestión probatoria

Los casos como el que se analiza no difieren de lo que habitualmente exige un juicio de daños y perjuicios en materia probatoria.

Por supuesto que el primero de los extremos que el demandante debe demostrar es, nada más y nada menos, que el suceso dañoso efectivamente ocurrió. Si bien resulta difícil imaginar que una persona concurre ante los tribunales a denunciar un evento ficticio, los jueces no pueden, sin más, presumir la verdad de los sucesos denunciados, pues nuestras normas procesales colocan en cabeza de cada parte la prueba de los hechos que alegan, siempre y cuando estos sean controvertidos por las contrarias (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

El requisito mencionado, aunque evidente, no siempre es sorteado por los litigantes. Por ejemplo, en un caso que data de hace más de dos décadas, se desestimó la demanda interpuesta por no haberse probado la existencia del evento ilícito o, mejor dicho, su mecánica, debido a la contradicción en la que incurrieron los dos testigos que ofreció la supuesta damnificada (18).

En similar sentido, en un reciente fallo de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (19) se desestimó una demanda que había sido iniciada por una mujer que, supuestamente, había sufrido una caída como consecuencia del mal estado de las baldosas de la vereda. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires negó la existencia del hecho y la autenticidad de la prueba acompañada a la demanda

(17) CNFed. Civ. y Com., sala D, 14/09/2015, causa “Valdez, Carlos Roberto c. Telecom Argentina SA y otros s/ daños y perjuicios”; y sus citas de la sala E y F de la misma Cámara.

(18) CNCiv., sala H, 16/06/1999, causa “R., E. c. Arcos Dorados SA”, citado por SAGARNA, Fernando A., “Daños causados por riesgo de la vereda o piso. Dos sentencias sobre daños por caídas. Prueba de la calidad de la cosa riesgosa”, LA LEY 2000-D, 198.

(19) CNCiv., sala A, 18/07/2019, causa “Camera, Susana Haydeé c. Cons. de Prop. Lafinur 3140/42 y otros s/ ds. y ps”.

y, para los magistrados, la reclamante no logró acreditar la verdad de sus dichos, ya que aportó fotografías que carecían de fecha cierta, no se había dado intervención al SAME, y se había aportado un único testigo, cuyos dichos no pudieron ser tomados como válidos debido a la falta de otros elementos de prueba en la causa que los ratificaran.

A los fines de acreditar que el hecho dañoso efectivamente ocurrió, los demandantes cuentan con una amplia gama de medios probatorios. Entre ellos, se destaca la prueba testimonial, que es quizá el medio más idóneo a tales efectos, pero que debe ser complementado con otros indicios útiles que den verosimilitud a los dichos de los testigos, como pueden ser los registros de los servicios de emergencia y/o del nosocomio en el que la víctima recibió atención médica en la fecha del accidente.

Ahora bien, es claro que no puede endilgarse responsabilidad al frentista o al gobierno local por el solo hecho de que una persona pruebe que se cayó o accidentó en una vereda determinada. Si al promover su demanda la víctima optó por el encuadre de la acción en el art. 1757 del Cód. Civ. y Com., el actor deberá acreditar la calidad de riesgosa o viciosa de la acera, como el nexo de causalidad entre el hecho y los perjuicios provocados (al menos un nexo “aparente”), todo para que se mecanice el sistema de aquella norma, y el *onus probandi* se invierta. Ello conduce a que el demandado deba probar la causa ajena al ilícito para liberarse total o parcialmente de responsabilidad (20).

En efecto, demostrado el riesgo o vicio de la cosa y el contacto con la víctima, sobre el creador de ese riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena; vale decir, el hecho de la víctima, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el caso fortuito o fuerza mayor (21).

(20) SAGARNA, Fernando A., “Daños causados...”, cit.

(21) CNCiv., sala A, 08/11/2011, causas “Porretti, José Luis c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”; 17/12/2012, “Straface, Benedicta c. Peña, Marcelo Gabriel y otros s/ daños y perjuicios”; y 21/06/2019, “Márquez Noemí Mirta c. Cons. de Prop.

Para acreditar la condición viciosa y/o riesgosa de la vereda, nuevamente puede y suele aportarse la prueba de testigos, la que —a riesgo de ser insuficiente— tendría que ser complementada con otros elementos que permitan al juez apreciar la alegada peligrosidad de la acera. Por ejemplo, resulta sumamente útil la constatación notarial con fotografías certificadas, que reflejen el mal estado del piso —siempre y cuando daten de una fecha cercana a la del accidente—, la existencia de denuncias realizadas por vecinos ante la autoridad competente, el aporte de registros de empresas prestadoras de servicios públicos que den cuenta de obras realizadas en la zona, entre otras.

Por lo demás, en este tipo de procesos, el actor también debe acreditar la calidad del legítimo pasivo: titular del inmueble frentista, tenedor, propietario del dominio público, empresa ejecutora del pozo, obrero que trabajó en la excavación, etcétera (22). Y, como es evidente, las consecuencias dañosas del evento experimentado, a los fines de obtener un justo e integral resarcimiento.

En cuanto al demandado, para liberarse de responsabilidad debe acreditar, entre otros puntos, la ausencia de legitimación pasiva, que el hecho acaeció de otra forma, el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por el que no debe responder, el caso fortuito, la inexistencia de los daños que se invocan, etcétera (23).

VIII. El Estado puede también ser condenado por su omisión ilegítima

En el fallo “Oddo” antes citado, la Corte Suprema nacional ha dejado entrever que, en determinados supuestos, el Estado local puede responder incluso cuando el objeto que torna peligrosa a la acera es de propiedad de un tercero.

Ese supuesto se puede presentar, según señaló el tribunal, cuando la existencia o permanencia de aquellos objetos en el lugar “sea previsible”,

Camarones 5745/47/49 Cap. Fed. y otros s/ daños y perjuicios”, entre otras.

(22) SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad...”, cit.

(23) Ídem.

ya que en ese caso se podrían imputar y analizar las consecuencias de la omisión del Estado local de realizar las diligencias necesarias en el cumplimiento de su deber de vigilancia y seguridad como titular del dominio público de la vereda (consid. 5º).

Emerge de lo expuesto una responsabilidad estatal cuya atribución no se vincula a la condición de dueño de la cosa riesgosa, sino a su carácter de titular del poder de policía, en virtud del cual la autoridad competente tiene el deber actuar (ya sea directamente o ejerciendo su autoridad) para asegurar que los bienes destinados al uso público tengan un mínimo y razonable estado de conservación (24).

En este supuesto, entonces, el factor de imputación jurídico para que el Estado (considerado *lato sensu*) responda por el perjuicio ocasionado reside en que es su deber mantener en condiciones la vía pública para evitar perjuicios a terceros, por su obligación de atender a la seguridad y salubridad de los habitantes (25).

De tal forma, y sin perjuicio de que en el caso pueda imputársele responsabilidad a una persona distinta en razón de algún factor de atribución específico —v.gr., al dueño de la cosa riesgosa (como puede ser una pila de escombros o de vidrios) situada sobre la acera— la responsabilidad del Estado no queda totalmente excluida; es decir, no se desplaza totalmente la responsabilidad de quien tiene el deber de custodiar los bienes pertenecientes al dominio público (26).

Ahora bien, la responsabilidad estatal, en este caso, ya no se rige por el factor de atribución objetivo del riesgo creado, que se aplica cuando el daño es imputado en razón de su calidad de dueño de la acera viciosa-riesgosa. Su responsabilidad, en cambio, es por “falta de servicio”.

(24) CS, 28/07/1994, causa “Olmedo, Ricardo Luís c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 317:832).

(25) CNFed. Civ. y Com., sala II, 03/03/2017, causa “Schreiber Lía c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”.

(26) SC Mendoza, sala 1ª, 07/05/2008, causa “Rez Masud Sonia Ruth Inés c. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ d y p s/ inc. cas.”.

Debe tenerse en cuenta que la falta de servicio, al igual que la responsabilidad por riesgo, es también “objetiva”, en tanto prescinde de indagar en la conducta de los agentes (es decir, si actuaron con culpa o dolo). En efecto, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva (27).

Sin embargo, a diferencia de la responsabilidad por riesgo, la falta de servicio implica una responsabilidad de medios o de conductas. Por ello, a fin de desentrañar la procedencia o no de la responsabilidad estatal, se debe efectuar una apreciación sobre la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio a prestarse, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (28).

En otras palabras, una condena al Estado por omisión ilegítima en el control de la “peligrosi-

dad” de sus veredas es posible incluso cuando la superficie de la acera se encuentre en buen estado de conservación, aunque requerirá un *plus* de prueba que deje a la vista la inactividad del Estado frente a un problema concreto del cual *tenía* conocimiento previo efectivo (v.gr., por denuncias de vecinos) o *debía tenerlo*, por tratarse de una situación previsible (v.gr., numerosos registros de accidentes anteriores en el mismo sitio).

IX. Palabras finales

Como ha quedado a la vista, la cuestión abordada en este trabajo y en la sentencia en comentario presenta diversas aristas que merecen ser tenidas en cuenta a la hora de plantear o resolver casos de esa índole. Cada uno de los sujetos que usualmente es demandado ante accidentes de esta índole responde, eventualmente, por razones distintas y ello hace que la cuestión sea mucho más compleja de lo que podría esperarse, tanto en materia probatoria como de argumentación jurídica.

De allí que la temática en estudio presente un repertorio jurisprudencial y doctrinal tan rico y abundante, que continúa enriqueciéndose, por cuanto este tipo de accidentes —lamentablemente— sigue ocurriendo con bastante frecuencia.

(27) CS, 17/08/2010, causa “Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto s/ daños y perjuicios” (Fallos 333:1404).

(28) FLORES, Álvaro B., “El mantenimiento de los bienes estatales y la responsabilidad del Estado”, RDA, nro. 124, 07/08/2019, p. 669.

RESPONSABILIDAD DE LAS TABACALERAS

Muerte de un hombre fumador por cáncer de pulmón. Demanda intentada por su esposa e hija. Prescripción. Aplicación de las normas de consumo. Deber de información. Relación de causalidad. Criterios de probabilidad. Facultades del juez. Asunción de riesgos. Dependencia derivada del hábito tabáquico. Indemnización. Disidencia.

Con nota de Cristian Werlen

1. — La tabacalera demandada debe responder por los daños derivados de la muerte de un hombre que fumaba hasta treinta cigarrillos por día, desde los diecisiete años, y falleció por cáncer de pulmón, pues tanto las circunstancias globales como personales del causante conducen a conformar la razonable convicción de que en este caso concreto el hábito tabáquico puede ser vinculado a la patología sufrida, sin que pueda admitirse el planteo relativo a que podría haber dejado de fumar por su propia voluntad, ya que la dependencia incide directamente en la posibilidad de elegir libremente dejar el cigarrillo [1].
2. — Una tabacalera demandada por los daños derivados de la muerte por cáncer de pulmón de un hombre que fumó desde los diecisiete años no puede eximirse de responsabilidad planteando la teoría de la asunción de riesgos, en tanto existe una idea ciertamente difusa a la época en que aquel comenzara a fumar sobre una característica relevante del riesgo, esto es, la posible adicción que genera, máxime cuando la publicidad de la época disminuía la información global existente.
3. — Si bien la fabricación, la venta y el consumo de cigarrillos no son actividades ilícitas o antijurídicas, la nueva responsabilidad civil contiene una composición diferente a la anterior (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), pues el sistema utiliza una forma abierta que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño, sin que, por otro lado, sea una eximente de responsabilidad la autorización administrativa para la realización de cierta actividad riesgosa (art. 1757, Cód. Civ. y Com.).
4. — A los fines de establecer la existencia del nexo causal entre el hábito tabáquico y el cáncer de pulmón padecido por el esposo y padre de las accionantes, no corresponde determinar qué porcentaje de fumadores a futuro padecerán esa patología, sino más bien si la enfermedad ya constatada en el caso en concreto tiene su vinculación con el tabaquismo.
5. — Cuando es dificultoso esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad —en el caso, por la muerte de un hombre fumador a raíz de cáncer de pulmón—, el juez puede recurrir a criterios de probabilidad.
6. — Las tabacaleras deben cumplir con todas las obligaciones que la ley 24.240 impone a los proveedores y, en especial, con el deber de información previsto en relación con las cosas riesgosas.
7. — La responsabilidad del fabricante o productor no se evalúa por el solo hecho de poner en el mercado productos cuyo consumo pueda provocar algún daño a la salud o integridad física del consumidor —en el caso, cigarrillos—, pues una disposición de esta naturaleza acabaría directamente con cualquier economía de mercado, desde que existen muchísimos productos cuya utilización es potencialmente dañosa a la salud de los consumidores, ya sea por su forma de utilización o bien por la cantidad y/o habitualidad que se emplee en su consumo.
8. — Si el reclamo es por daños causados por productos elaborados en serie —en el caso, cigarrillos—, las normas del derecho del consumo son las propias a ese ámbito, pues la responsabilidad civil en el consumo tiene reglas propias y está presidida por principios peculiares, tales como el de la interpretación favorable al consumidor, el derecho a ser informado en forma adecuada, la protección a la salud e integridad física y el deber general de seguridad en la prestación de bienes y servicios.
9. — Tratándose de un caso de responsabilidad civil derivada de una relación de consumo —en el caso, de cigarrillos—, deberá fundarse la sentencia en la legislación específica en la materia y en las normas que más favorecen al usuario, con prescindencia del momento en que acaeció el hecho generador, pues las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata (art. 7º, Cód. Civ. y Com.).
10. — El plazo de prescripción en una demanda de daños intentada contra una tabacalera por la muerte de una persona fumadora a raíz de padecer cáncer de pulmón debe computarse desde la consolidación del daño, ello acorde a pautas de razonabilidad (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) y

en atención a que el art. 50 de la ley 24.240 nada dispone al respecto, mientras que el art. 2554 del Cód. Civ. y Com. o el art. 3956 del Cód. Civ. derogado, si bien acercan algunos parámetros de examen, estos son —en el caso— insuficientes.

11. — El plazo de prescripción en una demanda de daños intentada contra una tabacalera debe computarse desde la consolidación del daño aun cuando el consumidor sepa que el fumar es perjudicial para la salud, pues esta circunstancia no puede generar la presunción de conocimiento de una patología particular, como es el cáncer, que se manifiesta por síntomas propios y no se desarrolla en todos los fumadores.
12. — La excepción de prescripción opuesta por la tabacalera demandada por los daños derivados de la muerte de una persona fumadora a raíz de padecer cáncer de pulmón debe rechazarse, ya que desde la consolidación del daño hasta el inicio del proceso no transcurrió el plazo de tres años previsto en el art. 50 de la ley 24.240.
13. — La tabacalera demandada no debe responder por los daños derivados de la muerte por cáncer de pulmón de un hombre que fumó desde los diecisiete años, pues admitir una responsabilidad del informante, porque el informado no dejó de fumar o bien contrajo una enfermedad, es contradictorio e irracional, máxime cuando aquel, durante toda su vida como consumidor de cigarrillos, estuvo advertido sobre lo perjudicial del tabaco. (Del voto en disidencia del Dr. Trípoli).

① CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de un hombre fumador por cáncer de pulmón.

Referencias de la víctima:

Observaciones: Reclamantes: Madre e hija menor. Los rubros otorgados “a favor de las coactoras” fueron por los daños padecidos por el causante en el tiempo transcurrido entre el suceso lesivo y el fallecimiento.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$900.000 (a favor de la hija).
\$700.000 (a favor de las coactoras)

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: \$800.000 (a favor de las coactoras).

Valor vida: \$400.000 (a favor de la hija).

Daños varios: Asistencia médica y farmacéutica
\$50.000 (a favor de las coactoras).

CNCiv., sala C, 09/09/2019. - Q., M. A. c. Nobleza Piccardo SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/27633/2019]

① JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 08/10/2007, “Bernia, Alfredo c. Massalin Particulares SA”, RCyS 2007-XII, 66.

① CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Fumadores, cigarrillos, tabacaleras y responsabilidad civil”, LA LEY 2015-F, 193; AR/DOC/3880/2015.

① COSTAS

A la tabacalera vencida.

2ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 9 de 2019.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Converset* dijo:

I. Antecedentes de la causa

1. A fs. 18/87 se presentó por medio de apoderados M. A. Q., en nombre propio y en representación de por su entonces hija menor (fs. 784 y 870)), S. I. V., promoviendo demanda ordinaria de daños y perjuicios contra Nobleza Piccardo SA y Massalin Particulares SA por la fabricación de distintas marcas de cigarrillos cuyo consumo causarían el fallecimiento del Sr. M. I. V., esposo y padre de las coaccionantes.

Explicaron que el Sr. I. V. nació el 14 de julio de 1951 y que desde los catorce años fumaba diferentes marcas de cigarrillos fabricados por las empresas demandadas. Adujeron que en agosto de 1995, luego de presentar tos hemoptoica (con sangre), fue diagnosticado en el Sanatorio Quilmes con cáncer de pulmón izquierdo de 5 cm. por 5 cm. con anatomía patológica de adenocarcinoma (una de las cuatro variantes de cáncer de pulmón). Sostienen que la causa de los problemas de salud, que derivaron incluso en su muerte, tuvo relación directa con el tabaquismo crónico que padeció. Aclararon que el Sr. I. V. intentó dejar de fumar en diversas oportunidades, incluso llegando a realizar algunos tratamientos para abandonar la adicción de fumar, pero que —sin embargo— no pudo lo-

grarlo. Aseveraron en qué consistía el acto fisiológico de fumar y los efectos químicos que produce en el cuerpo humano. Calificaron de irresponsable la conducta del fabricante del producto, dando los motivos de aquella afirmación. Desarrollaron los motivos por los cuales afirman el carácter adictivo de la nicotina y la incapacidad para decidir libremente sobre el uso del tabaco.

A su turno, se presentó Nobleza Piccardo SAIC y F., planteando inicialmente la excepción de prescripción fundada en el art. 4037 del Cód. Civil (fs. 134/143). Desconoció en su presentación de fs. 563/600 los hechos expuestos en la demanda y la documentación acompañada por las actoras, y desplegó su propia defensa. Esgrimió, en tal sentido, que los antecedentes (leyes, decretos, habilitaciones) acreditaban que ha desarrollado y ha desplegado una industria y comercio lícito. Señaló que, en consecuencia, en la medida en que no desarrollara de manera dolosa, culpable o negligente su actividad, no podía achacársele responsabilidad extracontractual alguna. De hecho explicó que el Estado le impuso restricciones, como por ejemplo el requisito de imprimir en los productos que comercialice la leyenda “El fumar es perjudicial para la salud”. Consiguientemente refirió que cumplía adecuadamente con el deber de informar al público consumidor y añadió que, no obstante ello, era de conocimiento general los riesgos que conllevaba para la salud el fumar. Por otro lado, afirmó que el fumar —o dejar de hacerlo— es una decisión personal, sujeta al libre albedrío de cada individuo, que esa libertad está fundada en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional. Expuso diferentes fundamentos para concluir que no existía nada en los cigarrillos (incluso la presencia de la nicotina) que impidiera a un individuo tomar la decisión de dejar de fumar. En efecto, señaló que es impropio hablar en el caso del término “adicción”. En definitiva sostuvo que en el caso existió culpa de la víctima. Cuestionó, a su vez, que el supuesto cáncer de pulmón que habría afectado al Sr. I. V. haya sido causado por el fumar, impugnando la relación causal establecida en el peritaje producido en el expediente sobre prueba anticipada (n° 41.606/98).

De su lado, Massalin Particulares SA planteó también misma excepción de prescripción. Admitió ser una sociedad anónima dedicada a la fabricación y venta de cigarrillos, y que el fumar es perjudicial para la salud, tal como lo advierte la leyenda establecida por la ley 23.344. Negó pormenorizadamente los hechos y daños descriptos en la demanda y la documentación acompañada por las coactoras. Destacó que en todo momento brindó información en cuanto a que el fumar es adictivo y peligroso. Indicó que las características esenciales del cigarrillo son conocidas por el público en general desde hace siglos. Citó, en tal sentido, diversos documentos históricos que acompañó,

afirmó que todos los habitantes del país durante su instrucción primaria y secundaria tuvieron conocimiento de los perjuicios que ocasionaba el tabaco e incluso de la dificultad para dejar de fumar. Concluyó así que el Sr. I. V. asumió el riesgo en forma expresa y voluntaria hace largo tiempo. Desarrolló el concepto “adicción” y sostuvo que la condición adictiva del cigarrillo no impide a los fumadores dejar de fumar, ni los exime de responsabilidad por las consecuencias de sus propios actos. Invocó los arts. 1066 y 1071 del Cód. Civil para considerar que al ejercer regularmente un derecho y al ser su obrar un acto lícito, no existía antijuricidad alguna que la hiciera civilmente responsable. Impugnó en concreto la afirmación sustentada en la demanda de que el Sr. I. V. fue afectado por un cáncer de pulmón vinculado con la costumbre de fumar. Afirmó que resultaba inaplicable al caso la doctrina sobre responsabilidad por productos elaborados, que los riesgos para la salud humana asociados con el uso del tabaco o sus derivados no provienen de la manufactura de cigarrillos, ni de ningún otro proceso industrial relacionado con su fabricación.

2. El Juez de grado resolvió desestimar la acción entablada por las coaccionantes.

Para así decidir analizó minuciosamente los distintos planteos esgrimidos por las partes en los escritos constitutivos referenciados. En primer lugar, consideró que resultaba pertinente desestimar la excepción de prescripción opuesta por las codemandadas. Más luego se adentró en el examen de la cuestión fonal. Así, en base a lo dictaminado por los Dres. Duarte y Sánchez, sostuvo que era posible concluir que existió relación causal entre el hábito de fumar que tuvo el Sr. I. V. desde adolescente y el cáncer de pulmón.

No obstante ello, entendió que —como dijéramos— la demanda no debía ser admitida. Ponderó para ello que también era de notorio conocimiento que fumar es perjudicial para la salud, al punto que dicha leyenda fue incorporada a partir del año 1986 y por ley a los paquetes de cigarrillo. Sostuvo que esta circunstancia también surgía de lo informado por el Ministerio de Salud, del informe de la Academia Nacional de Medicina, y de los documentos acompañados por la Organización Panamericana de la Salud. Así, aseveró que cualquiera que consume cigarrillos conoce que asume ese riesgo. Para sustentar tal postura hizo referencia a las respuestas brindadas por la Asociación Argentina de los Adventistas del 7° día. En consecuencia, consideró el *a quo* que en principio prevalecía la conducta de la propia víctima como causa que provoca el excesivo consumo de un objeto en relación con el cual se publicita sus efectos dañosos.

3. Contra dicho pronunciamiento se alzaron, a fs. 3285/3291, la parte actora, y a fs. 3293/3301, British

Tabacco SAIC y F. (anteriormente denominada No-bleza Piccardo SAIC y F.).

La primera cuestiona, naturalmente, la improcedencia de la acción, señalando que la publicidad del riesgo no le quitaba las aristas de ilicitud a la actividad desarrollada, que el producto no importaba ningún beneficio para la sociedad, que el factor de riesgo se transformaba en un factor causal, y en que los demandados no habían logrado acreditar la fractura del nexo causal. Dichos agravios merecieron la réplica de las contrarias que lucen a fs. 3303/3309 y fs. 3314/3336.

La segunda, se queja en concreto de que no procediera la excepción de prescripción que fuera oportunamente opuesta por su parte, recibiendo tales alegaciones la respuesta de la actora que obra a fs. 3311/3313.

Con posterioridad, y luego de que se expidiera el Fiscal de Cámara a fs. 3345/3347 sobre cuestiones atinentes a su competencia, las actuaciones quedaron en condiciones para dictar sentencia definitiva.

II. Aclaraciones previas

En primer término es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

Asimismo en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611), por lo tanto me inclinaré por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama “jurídicamente relevantes” (su ob. Proceso y Derecho Procesal, Aguilar, Madrid, 1960, p. 971, párrafo 1527) o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei (su trab., La génesis lógica de la sentencia civil, en “Estudios sobre el proceso civil”, ps. 369 y ss.).

III. Marco jurídico

Previo a adentrarme en el examen de las quejas que son motivo puntual de agravios, creo preciso fijar las pautas conceptuales y normativas que regirán el estudio del caso y que harán las veces de norte para la solución de la compleja controversia arrimada a este Tribunal.

La doctrina especializada que se ha embebido en el tema resulta plenamente conteste en que quien tiene la costumbre de fumar cigarrillos es en puridad un consumidor. Así, Vázquez Ferreyra sostiene que la responsabilidad que nos ocupa en este caso constituye una materia que encaja como traje de sastre en los arts. 4, 5 y 6 y concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor (“Responsabilidad civil de las tabacaleras por el consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos”, LA LEY 21/11/2007, cita online: AR/DOC/2888/2007). En análogos términos, Nicolau refiere que resulta plenamente aplicable el régimen de protección y defensa de los consumidores, señalando que las tabacaleras deben cumplir con todas las obligaciones que la ley 24.240 impone a los proveedores y, en especial, con el deber de información previsto en relación con las cosas riesgosas (“La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador”, en LA LEY 2007 (abril) 258, cita online: AR/DOC/1331/2007). Por su parte, Werlen asevera que no debería discutirse en este estadio de la legislación que el fumador es un consumidor y que la tabacalera un proveedor en los términos de los arts. 1, 2, 40 y conchs. de la ley 24.240 (“La eventual responsabilidad de las tabacaleras en nuestro país”, cita online: AR/DOC/3634/2011). Este especial marco tuitivo también ha sido el contemplado en algunos resonantes precedentes extranjeros (Cámara Quinta de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo, “Vanin, José c. Souza Cruz SA” del 25 de marzo de 1999, en Freire Aurich, Juan Francisco, “Responsabilidad por daños provocados por el consumo de tabaco. Acción del consumidor contra el fabricante de cigarrillos”, en RCyS 2000, 1239, cita online AR/DOC/12156/2001) y ha sido expresamente invocado en esta causa por el Fiscal Coadyuvante de la Fiscalía General en lo Civil y Comercial Federal y en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 3345/3347).

Bajo esta óptica, debe tenerse presente que al existir una relación de consumo, deben aplicarse —como enseña Lorenzetti— las normas especiales consumeriles, que se erigieron, en efecto, en un auténtico microsistema con raíz constitucional, con principios propios y hasta derogatorios del derecho privado tradicional (“Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 32). Es que si el reclamo es por daños causados por productos elaborados en serie, explica Márquez que las normas del derecho del consumo son las propias a ese ámbito. Pues la responsabilidad civil en el consumo tiene reglas propias —difíciles de extrapolar con carácter general a una relación común— y está presidida por principios peculiares, tales como el de la interpretación favorable al consumidor, el derecho a ser informado en forma adecuada, la protección a la salud e integridad física del consumidor y el deber general de seguridad en la prestación de bienes y servicios (“Una tendencia consolidada: irresponsabi-

lidad de las tabacaleras; una en evolución: hacia una teoría general de los daños al consumidor. Algunas reflexiones sobre la prescripción y las eximentes en el derecho de consumo”, en RCyS 2008, 433, cita online AR/DOC/877/2008). Ocurre que las normas basadas en la relación de consumo implican un grado de tutela superior para el consumidor, dada su especial vulnerabilidad frente a la cadena de proveedores. Se verifica en este orden la objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores, la ampliación de la legitimación activa y pasiva, la unificación de los plazos de prescripción, la preocupación por el afianzamiento del principio de reparación integral y los beneficios probatorios (Picasso - Vázquez Ferreyra (dir.), “Ley de defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, Ed. LA LEY, T. I, p. 501).

IV. Excepción de prescripción

1. Sentado ello, razones de orden lógico imponen entender en primer lugar sobre la excepción de prescripción que fuera reeditada en esta instancia, pues la suerte favorable que pueda correr bien podría sellar la improcedencia de la acción ejercida *iure hereditatis*. Entonces para ello será pertinente efectuar un relevamiento de lo actuado en la causa, determinar los alcances de la sentencia de grado, y estudiar los términos en que fueran vertidos los agravios, para luego determinar, en definitiva, el plazo de prescripción a aplicar y el *dies a quo*.

2. Veamos. Sin perjuicio de desconocer totalmente la atribución de responsabilidad endilgada en la demanda, Nobleza Piccardo SAIC y F. indicó en el escrito de contestación a la demanda que desde agosto del año 1995 —momento en el que se habría manifestado la enfermedad del señor I. V.— hasta el mes de abril de 1998 —en el que se promovió la demanda—, había transcurrido el plazo legal dispuesto por el art. 4037 del Cód. Civil. Destacó que entre la empresa y el Sr. I. V. no existió vínculo contractual y que las actoras reclamaban por derecho hereditario. Así dijo que aquellas circunstancias, sumado al hecho de que se reclamó por un hecho ilícito, llevan a la aplicación del referido art. 4037 del Cód. Civil.

Por su parte, Massalin Particulares SA también planteó la excepción de prescripción. Apuntó que el reclamo era claramente de naturaleza extracontractual. Destacó que según se indicó en la demanda, el Sr. I. V. comenzó a fumar en el año 1966, 32 años antes de iniciarse la acción, que si fuese cierto que existió una “adicción” que no le permitió dejar de fumar, debió conocer ello hacía muchos años, tomando como referencia las fechas referidas en la demanda. Concluyó en que el Sr. I. V. estaba en condiciones de iniciar la acción muchos años antes del momento en

que ello ocurrió e indicó que la excepción era admisible porque el plazo debía computarse desde que la víctima tiene conocimiento del daño.

3. Al ser que el daño que se denunció para promover la acción fue el cáncer de pulmón que afectó al Sr. I. V., el anterior juzgador entendió que inicialmente correspondía analizar la fecha en la que se habría conocido tal estado.

Sostuvo que frente al extravío de la historia clínica del Sanatorio Quilmes, tenía por acreditado —sobre la base de lo informado por el perito médico Dr. Duarte, el posterior informe de la Dra. Suárez y lo declarado por Q. al absolver posiciones— que le fue diagnosticado al Sr. I. V. el cáncer de pulmón el 11 de octubre de 1995.

Así, luego de efectuar un detallado examen de los regímenes de responsabilidad existentes, subsumió el presente caso en el de la esfera contractual. Sostuvo que el hecho de que la empresa que fabrica cigarrillos no vende su producto directamente al público, que emplee para ello la labor de intermediarios, y que finalmente el contrato de compraventa de cigarrillos se celebre con el kiosquero (por ejemplo), no lo llevaban a la conclusión de que debiera aplicarse al caso el plazo previsto para la responsabilidad extracontractual. Mas luego, sostuvo que las empresas demandadas se dedican a fabricar y vender cigarrillos, actos de comercio lícitos, que tienen como principales destinatarios consumidores finales. En este contexto consideró que era aplicable el plazo de tres años previsto en el art. 50 de la ley 24.240; no así el plazo decenal del art. 4023 del Cód. Civil.

Luego de ello, detalló que desde que se obtuvo el diagnóstico del cáncer de pulmón y hasta que se promovió la acción sobre prueba anticipada no transcurrió el plazo de tres años.

Por estas razones, el sentenciante ponderó que la acción entablada no se encontraba prescripta.

4. A fs. 3293/3301 British American Tobacco SAIC y F. se agravia de la forma en que el anterior juzgador resolviera la cuestión atinente al reclamo extintivo de la acción formulado *iure hereditatis* por las demandantes. Aduce que el criterio generalizado de la doctrina y jurisprudencia es que la responsabilidad del fabricante frente al consumidor es extracontractual, por lo que corresponde aplicar el plazo de prescripción de dos años (art. 4037 del Cód. Civil). Por otro lado sostiene que el *dies a quo* comienza a correr desde que el daño fue producido, y si aquel se ignora, es desde que el damnificado tuvo una razonable posibilidad de información de conocer su existencia. Aduce que ni los agravamientos ni los nuevos perjuicios implican una

nueva causa generadora de responsabilidad. Apunta que surgía de las constancias de autos que los efectos del consumo del cigarrillo en la salud del causante comenzaron mucho antes; en concreto desde el 28 de marzo de 1984, fecha en la cual se anotara la existencia de antecedentes de tabaquismo. También señala que se soslayó que el perito médico refirió que la enfermedad se había originado entre tres y cinco años antes del diagnóstico. Agrega asimismo que desde el año 1986 (fecha en la cual era obligatorio consignar en los paquetes de cigarrillos que “el fumar es perjudicial para la salud”) no se podía alegar desconocimiento sobre los posibles perjuicios del consumo de tabaco. De este modo, alega que cualquier reclamo efectuado con motivo de los daños en la salud del causante por fumar se encuentra prescripto, aun considerando el plazo decenal de prescripción.

5. La cuestión que una de las tabacaleras demanda introduce en sus agravios me conduce a efectuar un breve resumen de las posiciones consolidadas en torno al tema que se trae nuevamente al debate.

Quizá la posición jurisprudencial mayoritaria (CNCiv., Sala H, “Lodoli, Roberto c. Massalin Particulares SA s/ daños y perjuicios” del 26 de febrero de 2001; “CNCiv., Sala K, “Minisini Verdi, Luis c. Nobleza-Piccardo SAICF s/ daños y perjuicios”, 1º de diciembre de 2000; CNCiv., Sala F, “Taraborrelli, Hugo M. c. Massalin Particulares s/ daños y perjuicios” del 26 de diciembre de 2000; CNCiv., Sala H, “Barone, Víctor R. c. Nobleza Piccardo SAICF s/ daños y perjuicios” del 18 de octubre del 2002; CNCiv., Sala M, “Moran, Christian c. Massalin Particulares SA s/ daños y perjuicios”, del 14 de abril del 2004; CNCiv., Sala H, “Smolar, Ángel c. Massalin Particulares SA s/ daños y perjuicios”, del 29 de noviembre del 2004; CNCiv., Sala B, “F.C.A. c. Massalin Particulares SA s/ daños y perjuicios” del 5 de mayo de 2005; CNCiv., Sala I, “Fernández, Aníbal c. Massalin Particulares SA s/ daños y perjuicios” del 16 de agosto de 2007) es la que entiende que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, rigiendo en consecuencia el plazo bianual del art. 4037 del Cód. Civil.

Sintetizando aquella postura se dice que no existe un vínculo estrictamente contractual entre el fabricante y el consumidor no adquirente directo. El primero es el creador del riesgo (art. 1113 del Cód. Civil) y simultáneamente quien se sirve del producto para su provecho.

En tal sentido se expidieron en estos actuados el Agente Fiscal a fs. 89 vta., el Fiscal de Cámara a fs. 107, y el Procurador General de la Nación de fs. 622. El Máximo Tribunal, por su parte, siguiendo aquel último dictamen, sostuvo que la relación jurídica en que

se funda la acción se encuentra *prima facie* encuadrada dentro de la responsabilidad extracontractual, en tanto entre productor y consumidor media la intervención del comerciante minorista, quien produjo la venta para el consumo (fs. 624).

En la doctrina nacional se observa la postura de ciertos autores que sostienen que se trataría de un supuesto de responsabilidad contractual al que se le aplicaría el plazo decenal del art. 4023 del Cód. Civil.

Se alude a la existencia de una “relación contractual fáctica”, producto de conductas sociales de hecho. Admiten que no existe contrato *stricto sensu* pero los efectos de relación son similares, a partir de manifestaciones tácitas de la voluntad. Así dicen que el fabricante ofrece el bien que produce y acepta su responsabilidad al introducirlo en el mercado, mientras el consumidor o usuario acepta la propuesta mediante la adquisición final de aquel (López Cabana-Lloveras, “La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados”, en ED, 64-551 y sigtes.). En la misma línea, otros señalan la existencia de una conexión negocial entre todos los contratos de la red de comercialización (Nicolau, N., ob. cit.).

Una última tesis se inclina decididamente por la exclusión en la discusión de la dicotomía “responsabilidad contractual - responsabilidad extracontractual”, para lograr un salto cualitativo al ámbito de la responsabilidad en el derecho del consumo. Ello en virtud de que debe generarse una nueva visión de los problemas que el consumo plantea a lo jurídico, desprovista de conceptos horneados para otra realidad (Márquez, José F., ob. cit.). Esta idea fue recibida en uno de los últimos fallos dictados sobre la temática por este Tribunal (CNCiv., Sala H, “Bernia, Alfredo c. Nobleza Piccardo y otro s/ daños y perjuicios”, del 16 de octubre de 2007).

Ahora bien; en mi opinión, el estricto marco cognoscitivo en el que se inscribe el caso, como viéramos íntimamente vinculado con aspectos consumeriles, debe necesariamente trasuntar en la aplicación de las normas especiales para resolver la controversia. Pues, entiendo que esta es la manera que más se compadece con la debida interpretación restrictiva que debe dársele al instituto de la prescripción liberatoria y la forma de brindar seguridad jurídica en un tránsito jurisprudencial y doctrinal que como viéramos se ha presentado en forma heterogénea.

No empece a lo expuesto el resultado de los diversos dictámenes presentados por el Ministerio Público Fiscal en estos obrados, pues sabido en que los mismos no contienen carácter vinculante para los juzgadores.

Encontramos que la única norma de la Ley de Defensa del Consumidor que reguló desde su entrada en vigencia hasta la actualidad el instituto de la prescripción liberatoria es el art. 50.

Antes de detallar su contenido, y habida cuenta que la misma sufrió desde su entrada en vigencia distintas modificaciones que conllevaron distintas interpretaciones por parte de la doctrina sobre su aplicabilidad a las acciones judiciales en general (leyes 26.361 y 26.994), me introduciré en el examen del punto de partida de la prescripción, pues la regla general que rige en materia de temporalidad es que los plazos que se encuentran corriendo se rigen por la ley que estaba en vigencia cuando comenzaron a correr (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 71).

Ello me conduce a evaluar cual resultó ser el *dies a quo*; es decir, determinar el punto de partida del plazo de prescripción.

En este orden de ideas, frente a la anemia legal del estatuto consumeril al respecto y ante la ausencia de soluciones de otras normas subsidiarias, me inclinaré por resolver la controversia atendiendo a pautas de razonabilidad (arg. art. 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Veamos que el referido art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor nada dispone al respecto, mientras que los arts. 3956 del Cód. Civil 2554 del Cód. Civil y Comercial, si bien acercan algunos parámetros de examen, los mismos son —en el caso— insuficientes (se establece que el plazo comienza a correr desde “la fecha del título de la obligación” o desde que “la prestación es exigible”).

Entiendo, así, que habida cuenta las especiales características que reúne la concreta relación consumidor-fabricante, el hito configurante del plazo de prescripción tiene que estar dado por la idea de la “consolidación del daño”.

El criterio de la apelante —en cuanto a que la prescripción de las acciones por daños sobrevinientes debe comenzar a correr desde que la víctima conoció o debió conocer, mediando una razonable diligencia, el daño que lo afectó— resulta de aplicación a supuestos situados fuera del derecho de consumo. Mas en este marco concreto —en el cual ubicamos a los perjuicios producidos por productos a consumidores— el análisis debe afinarse, pues los fundamentos, los principios y las normas reguladoras son diferentes (Márquez, José Fernando, “La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas”, SJASJ 17/08/2005, cita online: 0003/011595).

Es que la circunstancia de que el consumidor sepa que el fumar es perjudicial para la salud no puede generar la presunción de conocimiento de una patología particular, como es el cáncer, el que se manifiesta por síntomas propios y no se desarrolla en todos los fumadores (Márquez, José Fernando, ob. cit.). En efecto, no parece razonable exigirle a un consumidor que ante síntomas menores —que tampoco pueden llevar necesariamente a una patología mayor— realicen actos interruptivos de la prescripción.

Esta idea que enarbolara parte de la doctrina, encuentra apoyatura en el régimen francés, pues el actual artículo 2226 dice que la prescripción de la acción de responsabilidad nacida a raíz de un acontecimiento que haya producido daño corporal, promovida por la víctima directa o indirecta, comienza a prescribir desde la fecha de “consolidación del daño inicial o agravado” (cfr. Méndez Sierra, Eduardo Carlos, “Régimen actual de la prescripción liberatoria en Francia”, LA LEY 22/04/2009, 3, cita online: AR/DOC/1148/2009).

Elocuentes son las palabras de un especialista en la materia como lo es López Herrera, quien ejemplifica la cuestión novedosa con el mismo supuesto con el que nos topamos. Así señala que no es lo mismo manifestación que consolidación del daño inicial. “Supongamos que una persona que ha fumado durante muchos años pretende demandar a la tabacalera por el cáncer de pulmón que tiene. Si el criterio es el de “manifestación” todos los síntomas que haya tenido antes de contraer el cáncer, ej. tos, enfermedades respiratorias, insuficiencia pulmonar, son manifestaciones del daño y hacen arrancar la prescripción. Si hablamos en cambio de “consolidación” la cuestión es distinta, el cáncer es consolidación del daño inicial. Por más que el fumador haya tenido algunos síntomas, es solo cuando el daño adquiere su máxima entidad que la prescripción empieza a correr” (“El nuevo régimen de prescripción liberatoria en el derecho francés”, en RCyS 2008, 1315, LA LEY 09/03/2009, 4, LA LEY 2009-B, 897, Cita Online: AR/DOC/2372/2008).

Repárese que esta posición fue la dictaminada por el Sr. Fiscal Nacional a fs. 1007, en la que se sostuvo —con disímil giro argumental pero igual solución final— que la prescripción comenzaba cuando el causante se encontrara en condiciones de iniciar su reclamo y que ello fue con el respectivo diagnóstico de cáncer de pulmón.

Bajo la perspectiva propuesta, corresponde analizar las circunstancias fácticas arrimadas al proceso para acordar la fecha en que el Sr. I. V. recibiera la noticia del cáncer de pulmón que le aquejaba.

Y en este punto acompañaré plenamente la trabajada decisión del anterior juzgador, en cuanto entendió que aquella fecha fue el 11 de octubre de 1995.

Ello si se atiende: 1) que el perito médico oncólogo desinsaculado en los autos sobre prueba anticipada (Expte. N° 41606/1998), Dr. Oscar Daniel Duarte, detalló que de la historia clínica del Sanatorio Quilmes SA oportunamente consultada surgía que la primera consulta fue realizada el 28 de septiembre de 1995, mientras que el diagnóstico de carcinoma de pulmón fue en la fecha supra indicada (remitiéndose a un protocolo anatómico patológico N° 4230/95); 2) que más adelante la perito médico legista designada en esta causa, Dra. Viviana Inés Sánchez, apuntó —sin que fuera impugnado por las contrarias— que del expediente antes citado se desprendía que el causante en septiembre de 1995 consultó por la presencia de tos hemoptoica (expectoración sanguinolenta) por la cual se solicitó la realización de una radiografía simple de tórax en la que se observó la presencia de una lesión en el pulmón izquierdo de cinco centímetros de diámetro compatible con el diagnóstico clínico de tumor de pulmón, conformándose la presunción diagnóstica con biopsia del 11 de octubre de 1995; y 3) que la coactora Q. al absolver posiciones (fs. 1076 vta., 1ra posición) indicó que la enfermedad le llevó tres años.

En suma, si el término de la prescripción comenzó a correr el 11 de octubre de 1995 ante la consolidación del daño, resulta de aplicación lo establecido por el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor en su redacción originaria (en vigencia desde el 15 de octubre de 1993 conforme fecha de publicación y lo establecido en el art. 65).

A dichas alturas, la normativa en cita reseñaba que “[l]as acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Aclararé, tal como lo hiciera el anterior juzgador, que también comparto la idea interpretativa más amplia; que la ley no solo se refiere a las sanciones administrativas sino también a las acciones en general, por lo que el plazo de tres años modifica la prescripción decenal que es la regla en materia de acciones personales y la bianual en materia de responsabilidad por daños en los casos que prevé la ley (Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, “Defensa del Consumidor”, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 378).

Al ser que desde que el daño quedó consolidado hasta la fecha en que se cumplió el plazo previsto por el artículo mencionado no existió modificación legal

alguna, es de aplicación la vieja ley en su redacción originaria (en este sentido, Márquez, José Fernando, “Sobre la prescripción en el derecho del consumo. Aplicación temporal de la reforma al artículo 50 de la Ley 24.241 y otras misceláneas”, en RCyS 2012-VI, 206, cita online AR/DOC/1619/2012).

6. En este contexto, debe advertirse que al 4 de mayo de 1998 se produjo la interrupción de la prescripción de la acción con el inicio de la causa seguida por el Sr. I. V. contra —únicamente— Nobleza Piccardo SA sobre prueba anticipada (Expte. N° 41606/1998), que por el efecto del uso de la fórmula “y/o quien resulte responsable de los daños y perjuicios sufridos por el actor” (fs. 5) también alcanzó en sus efectos a Mas-salin Particulares SA, contra quien se dirigiera posteriormente esta acción.

En esta línea de ideas, si el día *a quo* fue el 11 de octubre de 1995 frente a la consolidación del daño, si el plazo a aplicar es el de tres años del art. 50 de la ley 24.240, y si la interrupción de la prescripción se verificó el 4 de mayo de 1998 con el inicio de la causa sobre prueba anticipada, no cabe sino concluir que la excepción de prescripción respecto de la acción seguida *iure hereditatis* fue correctamente desestimada.

Finalmente, y en lo atinente al régimen de las costas de segunda instancia, propiciaré que las mismas sean establecidas por su orden (art. 68 del Cód. Procesal) habida cuenta la complejidad del asunto, las diversas posturas existentes en la materia, y en razón de que las codemandadas bien pudieron creerse con derecho a alzarse con el fallo que fuera impugnado.

V. Responsabilidad civil

1. Legitimación pasiva de las codemandadas

Como acto previo a adentrarme en las cuestiones fundales involucradas en este proceso, y como consecuencia de la prueba aportada al proceso, veo pertinente efectuar un examen sobre la legitimación procesal de las tabacaleras demandadas.

Reiteradamente se ha dicho que la calidad o legitimación para obrar es una condición que el juez debe examinar previamente al estudio de la “sustancia del asunto”. Es deber del juez determinar en la sentencia si las partes se encuentran legitimadas para demandar y ser demandadas con independencia de la actitud que puedan haber asumido las partes. Así se ha señalado que la calidad o legitimación para obrar es resorte y función investigadora de oficio del juez en la oportunidad de dictar sentencia, pues la calidad de titular del derecho del actor o la calidad de obligado del demandado es requisito necesario del fallo (CNCiv., Sala A, “Veronese, Victorio O. c. Paternostro, Hugo I. y

otro s/ Cumplimiento de Contrato”, del 12 de mayo de 2009, y las citas allí referenciadas).

En el primer escrito presentado ante estos Tribunales con motivo de la acción que tenía por objeto producir prueba anticipada (Expte. N° 41606/1998), el Sr. I. V. dirigió la acción únicamente contra Nobleza Piccardo SAIC y F. por resultar responsable de la marca de cigarrillos “Jockey Club”.

Con posterioridad, al iniciar las herederas la acción sobre daños y perjuicios, se amplió la nómina de demandados, incluyéndose a British American Tobacco, Company Limited, Massalin Particulares SA, Philip Morris International, Philip, Morris Co. Inc., Argentina Holding Inc., y contra quien resulte civilmente responsable de la fabricación de los cigarrillos marca Derby, Jockey Club, Chesterfield, Le Mans, L&M y otras marcas que surjan de la prueba.

En el transcurso del pleito la parte actora desistió de la acción dirigida contra British American Tobacco Company Limited, Philip Morris International, Philip Morris Co. Inc. y Argentina Holding Inc. (fs. 143 y 864). Así quedaron incólumes las demandas imputadas contra Nobleza Piccardo SAIC y F. y Massalin Particulares SA.

Esta última sostuvo que vendía cigarrillos Chesterfield, Le Mans y L&M, que por el contrario, jamás fabricó cigarrillos Derby y Jockey Club (fs. 829).

En este punto señalaré que coincidiré con el anterior juzgador en cuanto no se produjo prueba para acreditar que el Sr. I. V. fumó en vida las marcas propias de esta última coaccionada (art. 377 del Cód. Procesal), lo que a la postre resulta fulminante de la procedencia de la acción contra ella.

Sí se acreditó, por el contrario, que consumía habitualmente la marca “Jockey Club” (elaborada y comercializada por Nobleza Piccardo SAIC y F. de acuerdo con fs. 2759).

Así surge del testimonio de R. M. S. (fs. 26/27 del beneficio de litigar sin gastos N° 41.607/1998). También puede inferirse ello teniendo en cuenta las estadísticas sobre ventas de distintas marcas acercada por la Cámara de la Industria del Tabaco de fs. 2896/2899 (en ellas aparece que la marca líder del mercado a la fecha en que el Sr. I. V. comenzara a fumar era “Jockey Club”), de lo enunciado por el propio causante al entablar la acción de prueba inicial, y de la prueba de absolución de posiciones (*vide* vigésimo cuarta de fs. 1076 vta.).

Por ello propondré al Acuerdo desligar a Massalin Particulares SA de la eventual responsabilidad civil

achacable que se analizará en los próximos considerandos.

2. Norma aplicable y reglas sobre cargas probatorias

Resuelta tal cuestión, señalaré que entiendo que bajo el marco normativo aplicable al caso, el supuesto debe quedar regido por la letra del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (incorporada por la ley 24.999 en el año 1998).

En aquella norma se construyó un microsistema superador de la clásica división entre los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual, que además contiene una expresa imputación legal respecto de una cadena de legitimados pasivos, que es más amplia que la que aporta el artículo 1113 del Cód. Civil cuando se refiere al dueño o guardián de la cosa (Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit.; Sozzo, Gonzalo “El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo. Dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Consumidores 2009-1. Santa Fe. Editorial Rubinzal Culzoni, 2009, p. 367 y siguientes). En esa expansión subjetiva pasiva que nos trae el artículo 40, aparecen expresamente consignados el fabricante y el titular de la marca, además del productor, el importador, el distribuidor, el vendedor y el transportista.

Debe tenerse presente, sin embargo, que no se atribuye responsabilidad al fabricante o productor por el solo hecho de poner en el mercado productos cuyo consumo pueda provocar algún daño a la salud o integridad física del consumidor. Una disposición de esta naturaleza acabaría directamente con cualquier economía de mercado, desde que existen muchísimos productos cuya utilización es potencialmente dañosa a la salud de los consumidores, ya sea por su forma de utilización o bien por la cantidad y/o habitualidad que se emplee en su consumo (Freire Aurich, Juan Francisco, ob. cit.).

En este contexto, en lo concerniente a la carga de la prueba, y conforme a la aplicación de las reglas generales, la demostración del defecto o causa generadora, junto al daño y la relación de causalidad, pesan sobre el perjudicado. Sin perjuicio de ello, se señala que la falta de prueba sobre el defecto del producto no libera automáticamente de responsabilidad a los proveedores, dado que estos deberán demostrar, para eximirse, la inexistencia del defecto generador de la responsabilidad, la culpa del consumidor o de otra causa ajena. Esta postura se ve abonada por la reforma introducida por la ley 26.361, en su art. 53 —párrafo tercero— (Picasso - Vázquez Ferreyra (dir.), ob. cit., T. I, p. 523).

Claro que lo expuesto tampoco implica descartar el imprescindible diálogo integrativo de aquel micro-sistema de consumo con las reglas del propio sistema general. Así para arribar a una definición sobre el fondo del asunto, resultará necesario acudir y analizar los presupuestos de la responsabilidad, pero siempre desde la perspectiva de los daños en el derecho de consumo.

3. Presupuestos cuestionados por la tabacalera

Sentado ello, observaré que la más diversas publicaciones vinculadas con aspectos de la responsabilidad por parte de las tabacaleras repasan, además de cuestiones vinculadas con la ya resuelta excepción de prescripción, aristas relacionadas con los distintos presupuestos que hacen a la teoría de la responsabilidad civil.

Ello tiene su razón de ser en que la jurisprudencia nacional y extranjera se observa que las tabacaleras repiten el mismo esquema defensivo: esgrimen la licitud de la actividad desarrollada por la empresa y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, advierten la ausencia de vínculo causal entre el fumar y el daño, aseveran la existencia de una asunción de riesgos por parte de la víctima como factor determinante, y plantean la posibilidad real por parte de los fumadores de abandonar el hábito.

La presentación inicial por parte de Nobleza Piccardo SAICY F. (fs. 563/600), y también la contestación a los agravios vertidos por la coaccionante (fs. 3303/3309), no escapan —como veremos en los siguientes subtítulos— a dichos parámetros de resguardo.

4. Antijuricidad

En su escrito defensivo sostiene la tabacalera que no existe conducta antijurídica que le sea atribuible. Lo funda en la ley de impuestos internos (T.O por ley 24.674, ADLA, LVI-C-3426), su decreto reglamentario N° 296/1997 (ADLA, LVII-B-1421), la Resolución General DGI N° 991 (ADLA XXIV-C-2420) y posteriores modificaciones. El decreto N° 12.507/1944 (ADLA IV, p. 289), ley N° 19.800 del Tabaco (ADLA XXXII-C-3441), ley N° 23.344 (ADLA XLVI-C-2617) y su complementaria N° 24.044, normas nacionales, provinciales y municipales restrictivas del consumo de productos tabacaleros, habilitación por autoridad competente de establecimientos fabriles y de acopio de tabaco. Se asevera que de un acto lícito —como lo es la industria que ejercen las tabacaleras— no puede surgir obligación de indemnizar a terceros (arg. arts. 1066/7 y 1071 Cód. Civil).

No soslayo que la fabricación, la venta y el consumo de cigarrillos no son actividades ilícitas o antijurídicas. El legislador con conocimiento de los riesgos que entraña el fumar se ha limitado a imponer tributos que gravan fuertemente la industria tabacalera (ley de impuestos internos 24.674 y normas reglamentarias), a reglamentar la actividad (ley del tabaco N° 19.800, modificatorias y normas reglamentarias) y a restringir su publicidad (ley 23.344 y su complementaria ley 24.044) (Freire Aurich, Juan Francisco, ob. cit.).

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que la nueva responsabilidad civil contiene una composición diferente a la anterior (arg. art. 1717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta (*alterum non leadare*) que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño.

Es decir que afectado desde la acción y consecuencia, es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté justificado, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material). Se relaciona ahora con la transgresión de valores y principios jurídicos (Flah, Lily R. y Aguilar Rosana I, “Responsabilidad de las tabacaleras y el papel del estado en la protección de los derechos fundamentales. Cuestiones que se suscitan”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 16, pp. 163/186).

El *alterum non laedere* (o deber de no dañar a otros), al que la Corte Suprema a partir del precedente “Santa Coloma” le ha asignado jerarquía constitucional (art. 19, Constitución Nacional), es un principio madre.

Entonces al haber entrado en crisis la ilicitud, en cierta medida dentro del fenómeno resarcitorio se observa un desprendimiento del presupuesto de la antijuricidad como elemento autónomo e imprescindible del resarcimiento del daño producido.

Bajo estas ideas, remárquese que hoy en día no es una eximente de responsabilidad la autorización administrativa para la realización de cierta actividad riesgosa (arg. art. 1757 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Aun teorizando de esta forma sobre el estado actual de este presupuesto de la responsabilidad civil, y admitiendo en consecuencia que el cáncer de pulmón padecido por la víctima —en la medida que se presenten los otros requisitos— podría dar lugar a la indemnización, adelantaré que en el caso se verificaron concretas infracciones legales sobre las que ahondaré

al momento de evaluar si existieron causas que determinaron la fractura del nexo causal.

5. Relación de causalidad

Brevemente recordaré que este recaudo exigido por la tradicional teoría de la responsabilidad civil se trata de un presupuesto de tipo físico-objetivo, y no subjetivo, que procura establecer una relación material entre antecedente (hábito de fumar) y consecuente (cáncer de pulmón), que es aprehendida por el Derecho para saber si un daño es efecto de un específico hecho anterior. Como se dejara en evidencia en las resultas de este voto, en base a lo informado por el perito médico, Dr. Duarte, por lo también dictaminado por la especialista, Dra. Sánchez, y el criterio del Máximo Tribunal de que frente a varias posibilidades para determinar la causa hay que estar a la más probable, el anterior juzgador tuvo por acreditado el nexo causal entre el hábito de fumar y el cáncer de pulmón.

Aunque esta cuestión no fuera una temática especialmente reeditada en las expresiones de agravios, creo preciso —por la importancia que suele tener en la suerte de los distintos pleitos iniciados por ex fumadores o sus familiares análogos al presente— adentrarme nuevamente en su análisis.

Adelantaré que la solución que propiciaré no es disímil a la razonada por el Sr. Juez de grado en su sentencia.

Evidente es que al ser el presupuesto en el que ahora nos introducimos una cuestión íntimamente vinculada con aspectos científicos y técnicos, se hace necesario examinar principalmente las pericias médicas presentadas en la causa, sin ello desmerecer lo que otros documentos de diversa índole puedan aportar para la dilucidación del tema.

El perito médico oncólogo, Dr. Oscar Daniel Duarte, en su dictamen presentado en los autos seguidos por el causante contra Nobleza Piccardo SAIC y F. sobre prueba anticipada (Expte. N° 41.606/98), manifestó que el paciente padecía a la fecha en que fuera examinado “Adenocarcinoma de Pulmón” (fs. 45 vta.). Sostuvo que el tipo histológico, de acuerdo con los conocimientos médicos vigentes a la fecha de la pericia, tenía como factor causal el hábito de fumar cigarrillos (fs. 46). Fundó tal apreciación en diversa bibliografía médica que detalló (Medicina Interna, Farreras Rozman, Duodécima Edición, Volumen I y II, ps. 724, 725 y 2586; Shik N. y colaboradores, “Adenocarcinoma de pulmón en pacientes jóvenes” 34° Reunión Anual de la Sociedad Americana de Clínica Oncológica 1998; Medicina Interna, Kelley, Primera edición, Volumen II, páginas 2078, 2079 y 2130, American Journal Respiratory Critical Care Medicine, Febreri 1996, Volumen

153, ps. 861 a 865; “El uso de tabaco y su contribución a la mortalidad temprana por cáncer, con especial énfasis sobre el fumar cigarrillo”, Environ Health Perspective, Noviembre de 1995, Volumen 103, ps. 131 a 142, National Cancer Institute; Cancer Principales and Practice of Oncology, Vincent DeVita, Samuel Hellman y Steve Rosenberg, Quinta edición en inglés, ps. 240 y 241, año 1997) (fs. 45 vta.).

Explicó el galeno que históricamente se sostenía que no existía relación —o había muy poca influencia— entre el cáncer de pulmón de tipo histológico adenocarcinoma y el hábito de fumar cigarrillos. Dijo que en varios centros comenzaron a recopilar datos epidemiológicos, respecto de la asociación entre el fumar cigarrillos y el adenocarcinoma de pulmón, los cuales demostraron una doble asociación: 1) El humo del cigarrillo produce lesiones en el epitelio bronquial de tipo irritativas, por la acción crónica de sustancias que se encuentran en él, productoras de bronquitis crónica. Estas últimas producen cicatrices, reconversión de las vías aéreas en espacios no funcionales (enfisemas), hiperplasia de los neumocitos y fibrosis en el epitelio pulmonar que son la base conocida hasta 1990, como los factores predisponentes más importantes. Por lo cual con lo que hasta allí se sabía el humo del cigarrillo actuaría indirectamente en el adenocarcinoma de pulmón. Detalló, no obstante, que con los conocimientos vigentes a la fecha de la pericia (1998) se sabía que además de la acción indirecta, existe una acción directa producto de la mutación temprana de un oncogén denominado K-ras, el cual al activarse produciría carcinogénesis que conduciría al adenocarcinoma de pulmón, activación que se produce por la exposición de los carcinógenos del humo del tabaco, como inductor de los puntos de mutación del oncogén K-ras, esto ha sido confirmado por estudios prospectivos, demostrando una activación temprana e irreversible del oncogén mencionado, el cual desencadenaría los eventos que llevan al adenocarcinoma (fs. 46 vta.).

Aquella conclusión, entiendo, aparece reñida con la posterior experticia presentada por la perito médica legista, Dra. Viviana Inés Sánchez.

En efecto, obsérvese que aquella especialista reseñó que la evaluación global del paciente y los estudios complementarios de diagnóstico no permitían establecer el tipo histológico, pues aquel es analizado de ordinario por los especialistas en anatomía patológica (fs. 3083 vta.). En aquella línea apreció que no existe ningún criterio clínico, patológico o radiológico que permitiera diferenciar un cáncer de pulmón supuestamente causado por el fumar de otro que pueda haber sido por otros factores de riesgo (fs. 3085). Pues, según lo expuso, el adenocarcinoma es el tipo de alrededor del 40% de los cánceres de pulmón, que “ocurre

principalmente en personas que fuman o han fumado, pero también es el tipo más común de cáncer de pulmón observado en las personas que no fuman” (fs. 3086). Así se concluye que sin estudios genéticos de la pieza no se puede afirmar en forma excluyente que la causal de la lesión neoplásica fue solo y por causa directa el hábito de fumar (fs. 3097 vta.).

Las diferencias entre uno y otro informe dejan evidenciado otro de los repetidos inconvenientes con lo que se han enfrentado los demandantes/ fumadores contra la industria tabacalera (vide referencias de Prieto Molinero, Ramiro J., “Fumadores, cigarrillos, tabacaleras y responsabilidad civil”, cita online: AR/DOC/3880/2015 y Werlen, Cristian, “Daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, en RCyS 2010-VIII, 34, cita online: AR/DOC/5094/2010); esto es, la dificultad para establecer con precisión la relación material/médica de causalidad.

La discordancia conclusiva que se colige de sendos dictámenes periciales me conduce a recordar que cuando —como en el caso— es dificultoso esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez, puede recurrir a criterios de probabilidad (De Ángel Yagüez, R., “Elementos o presupuesto de la responsabilidad: La relación de causalidad”, en Sierra Gil De La Cuesta (coord.), “Tratado de la responsabilidad Civil”, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, T. III, p. 413).

En efecto, nuestro derecho así lo habilita al enroscarse en la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual la causa se identifica con la condición “que según el curso natural y ordinario de las cosas” se considera idónea para producir un determinado resultado según la experiencia previa (arg. art. 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 902 y concordantes del Cód. Civil).

En tal sentido, el sistema de causalidad adecuada, cuando no hay certeza sobre el nexo material, permite discurrir por el sendero de la causalidad jurídica.

Así, el juez debe conceptuar este especial vínculo en base a aquellos datos compaginados que le aporte su propia observación (adecuación al relativismo dimensional) y con el recorte que produce la noción de lo justo (Lorenzetti, Ricardo L., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, T. II, p. 117).

Véase que la doctrina y la jurisprudencia no son tan exigentes, como antes, con la prueba de la imputación física o material. Si bien en sentido estricto no puede hablarse de presunciones de causalidad, en algunos casos debe presumirse en cierta medida la adecuación de las consecuencias (Bueres, Alberto J., “La

responsabilidad civil de los médicos”, Hammurabi, p. 50, en Nicolau, Noemí L., ob. cit.).

Véase que a esta morigeración en la prueba de la relación causal se hace referencia concreta al indagar este presupuesto en materia de productos elaborados (Sprovieri, Luis y Dell’Oca, Gastón, “Relación de causalidad y daños por productos”, en JA, 2013-IV, cita online AP/DOC/2668/2013).

De modo que frente a la indefinición con la que me enfrento respecto de la real causa médica del cáncer que padeció el Sr. I. V., entiendo que debo recurrir a mecanismos que permitan establecer jurídicamente los motivos del diagnóstico y enfermedad que el causante padeció hasta su deceso.

Tales cuestiones me imponen el estudio integral de las circunstancias que operan en torno al fenómeno del tabaquismo.

La Organización Mundial de la Salud dice que un factor de riesgo es cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión (fs. 3084 vta.). En la estricta problemática que nos ocupa (cáncer de pulmón), los factores que tienen relación son tres: los genéticos, la exposición a químicos o tóxicos, y la radiación (fs. 3085).

Respecto del primero de ellos diré que en las respectiva historia clínica no se habrían efectuado referencias respecto de antecedentes generales o hereditarios del causante (fs. 3090 vta. y 46 de la causa sobre prueba anticipada —Expte. N° 41606/98—) que permitan en el caso atribuirle una incidencia determinante a dicho factor.

Me detendré, así, en aquellos en lo que en esta causa cobran especial dimensión, al haber apuntado la perito que para resolver la cuestión que “[s]olo puede estimar la asociación al hábito tabáquico y actividad laboral” (fs. 3092).

Veamos. La ciencia indica que los productos químicos que se encuentran en el humo del cigarrillo —y que se han demostrado como factores carcinogénicos— son el arsénico, níquel, cromo, cadmio, plomo, cloruro de vinilo, naftilamina, nitrosaminas, benceno, benzopireno, etc. En efecto, los trabajos actuales han demostrado más de cuarenta componentes con riesgo carcinogénico en el humo del cigarrillo (fs. 3085 vta.).

Así, se señala que hay varios factores que pueden hacer que aumenten las posibilidades de padecer cáncer de pulmón, pero el tabaquismo “(...) es el factor de riesgo más importante (...)” (fs. 3085 vta.). En

efecto, el hábito de fumar es uno de los principales factores de riesgo para desarrollar el cáncer de pulmón. En los fumadores aumenta tres veces el riesgo de padecer la patología en relación con la población en general (fs. 3092).

Entiendo que en estos tiempos no existen mayores dudas que epidemiológicamente el hábito del tabaco se encuentra asociado con el cáncer de pulmón. Las constancias de la causa son ilustrativas al respecto, más allá de que esto sea de antaño de conocimiento público (fs. 3085, entre otras).

Aunque la perito sostuviera que globalmente se puede afirmar que el 90% de las personas que fuman no desarrollan cáncer de pulmón (fs. 3086 vta.), destacaré que también enunció que "... se estima que el 80% de las muertes por cáncer de pulmón en hombres (...) se relaciona con el hábito tabáquico" (fs. 3092 vta.).

Aclararé que el razonamiento que cabe clarificar para establecer la existencia del requerido nexo causal no pasa por determinar si un fumador a futuro padecerá cáncer de pulmón, sino —más bien— si puede señalarse que la enfermedad ya constatada en el caso en concreto tiene su vinculación con el tabaquismo. Y estimo que la respuesta a aquel planteo la brinda la segunda estadística.

Estas cuestiones apuntadas, por más generales que aparenten, no pueden ser perdidas de vista a la hora de examinar el presupuesto de la responsabilidad en examen a la luz de la pauta legal de adecuación referenciada.

Recurriendo a un plano más particular, la perito explicó también que el riesgo sobre el que nos venimos expidiendo quedará vinculado con el número de cigarrillos fumados por día por el consumidor, la duración del hábito a lo largo de la vida, la edad de iniciación de este, y con otros factores como grado de inhalación, contenido de nicotina, alquitrán de los cigarrillos, y demás sustancias químicas (fs. 3092; vide en sentido similar fs. 46 de la causa sobre prueba anticipada —Expte. N° 41606/98—).

Las primeras pautas enunciadas que aumentan la posibilidad de padecer una afección como la que aquí se analiza se verifican ampliamente en el historial del sujeto objeto de nuestro estudio. Es que a fs. 2676 se glosó ficha médica del Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario del que surge que el 28 de marzo de 1984 el actor se atendió ante el sector de neumonología, presentando "tabaquismo" desde los 17 años (se asienta: "17-32"). Allí se dejó constancia que el Sr. I. V. fumaba hasta 30 cigarrillos cada día y que era tosedor crónico desde hacía más de 5 años.

Tomando esos parámetros puede afirmarse, con apoyo en múltiples estudios científicos, que la acción de fumar con aquellos alcances, en un elevado porcentaje de casos determina la formación de un cáncer pulmonar. Es decir que en muchos casos puede existir un "serio y razonable criterio de probabilidad científica, aunque por supuesto no haya certeza absoluta" (cfr. Lucchiani Guastalla, Emanuele, "El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana", Revista Jurídica de la UCES, Volumen 10, p. 18).

Por otro lado también se destaca en la pericia que la exposición en el lugar del trabajo a las fibras de asbesto es un importante factor de riesgo para el cáncer de pulmón. Se fundamenta aquello con que los estudios han encontrado que las personas que trabajan expuestos a dicha sustancia tienen una probabilidad varias veces mayor de morir de cáncer de pulmón. Se aclara también que el riesgo es mucho mayor cuando esa clase de trabajadores también fuman (fs. 3086).

Esta afirmación cobra relevancia en el caso puesto que se acreditó que el Sr. I. V. tuvo como oficio el de "plomero y gasista" (acta de defunción de fs. 87, 84 y 102, posición número 16 de fs. 1076, constancia de Sistema Registral de AFIP de fs. 1348). Es que aquella actividad se puede relacionar con predisposición a desarrollar patología oncológica por exposición al asbesto.

No obstante ello, creo pertinente tener en cuenta dos circunstancias, a mi modo de ver, no menores.

La primera, que no siempre se dedicó a la actividad señalada. R. M. S., quien refirió haber trabajado con el occiso en el Ferrocarril ..., dijo —a julio de 1998— que el Sr. I. V. se había adherido al retiro voluntario hace cuatro años (fs. 26/27 del beneficio de litigar sin gastos N° 41.607/1998). Por su parte J. R. G., sostuvo que lo dejaron al causante sin trabajo, sin recordar exactamente la fecha, pero que habría sido en el '90 (fs. 28/29 de la misma causa).

La segunda, que la mayor vinculación de aquella sustancia es con el desarrollo de mesotelioma (tumor maligno de pleura) y en menor medida con el cáncer de pulmón (fs. 3090 vta.).

En tal sentido, analizando las circunstancias personales de la víctima, el factor de riesgo-tabaquismo parece tener una incidencia sustancialmente mayor que el condicionante relacionado con la actividad laboral.

En suma, las afirmaciones de la experta desinsculada en la causa, estudiadas desde facetas tanto globales como personales, me conducen a conformar la razonable convicción de que —en este concreto supuesto sometido a esta jurisdicción— el hábito del

consumo de cigarrillos puede ser vinculado con el cáncer de pulmón que padeció el Sr. I. V.

6. Fractura del nexo causal

Sorteada tal cuestión, pasaré en este capítulo a entender sobre la posible existencia de una causa ajena (art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor) que quiebre el vínculo causal supra examinado.

Es así que el estudio de la figura de la asunción de riesgos cobra esencial importancia; esto es, evaluar si la exposición por parte de la víctima a una situación de riesgo tiene trascendencia en la solución del caso.

Como ya fuera reseñado, este fue el fundamento central tenido en miras por el anterior sentenciante para considerar que la demanda entablada por los familiares del difunto Sr. I. V. debía ser desestimada.

En efecto se sopesó que era de público conocimiento que ya desde hace años cualquiera que consume cigarrillos conoce que asume un riesgo. En tal sentido sostuvo que el principio que prevalece es la conducta de la propia víctima (punto III.A. de la sentencia de primera instancia).

Contra este aspecto medular del fallo es que se alzan las accionantes en el escrito de expresión de agravios, al sostener que los demandados no han logrado probar fractura alguna del nexo causal, ya que a todo evento, debieron probar algún problema concreto y único del causante que lo llevó al hábito.

Aclararé que desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación la noción de “asunción de riesgos” (art. 1719) queda encuadrada ya en la faz de la causalidad, de lo que se sigue que únicamente quedara eximido de responsabilidad el creador del riesgo si se configura un hecho del damnificado que quiebre total o parcialmente el nexo de causalidad.

Ello me traslada a efectuar una concisa consideración que a la postre hará las veces de prisma por el cual deberá pasar el examen de influencia del hecho de la víctima en el resultado final.

A la ya conocida idea de que en el ámbito del derecho de consumo el hecho de la víctima —como factor de eximición de responsabilidad— debe ser interpretada restrictivamente (arg. CSJN, “Ledesma, María L. c. Metrovías SA”, del 22 de abril de 2008), debe agregársele que las nuevas corrientes en la materia vigorizan aquel rigorismo.

Esta circunstancia a la que hago referencia es el hecho de que recientemente los fumadores, como categoría social genérica, fue catalogada por el Dr.

Lorenzetti (CSJN, “Nobleza Piccardo SAICYF c. Santa Fe, Provincia s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 27 de octubre de 2015) como “un grupo especialmente vulnerable, en tanto —para muchos de ellos— el hábito de fumar se ha transformado en una adicción”. Añado que en mi opinión ello es así, máxime cuando es públicamente conocido que varios de los fumadores que padecen la enfermedad tabáquica comenzaron con el hábito a una temprana edad (en nuestro supuesto a los 17 años).

Claro que cuando nos encontramos con una categoría como la mencionada debe acentuarse el principio protectorio. Así la hipervulnerabilidad será estándar de evaluación en materia de información y seguridad, como así también al analizar la publicidad y otras prácticas comerciales. Esta especial atención debe perfilarse tanto en la faz preventiva del Derecho de Daños, como en la faz resarcitoria, a la hora de evaluar los presupuestos de la responsabilidad, en especial, en lo relativo a la ruptura del nexo causal y los eximentes de responsabilidad (Barocelli, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, LA LEY 23/03/2018, cita online AR/DOC/523/2018). Esta moderna posición ha quedado refrendada profusamente en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 3, 5, 8, 10, 13, 19, 23, 37, 80, 170 y concordantes).

Aclaradas las reglas que regirán el análisis de la eximente de responsabilidad “hecho de la víctima”, volverá sobre la temática más particular de la asunción de riesgos.

Se ha dicho que si esta cuestión es controvertida desde la óptica del derecho común de la responsabilidad, debe ser cuidadosamente analizada en el plano del derecho del consumo, teniendo en cuenta las particularidades que determina la finalidad tuitiva de este subsistema (Marchand, Silvina, Parellada, Carlos A., Burgos, Débora, “La asunción del riesgo ¿Causa eximente o de justificación?”, LA LEY 08/09/2009, 08/09/2009, 1 - LA LEY, 2009-E, 1065, Cita Online: AR/DOC/3105/2009).

Se ha llegado al extremo de sostener, con criterio que no comparto, que en virtud de la obligación de seguridad y el deber de información que consagran los arts. 4, 5, 6, y arg. Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor no puede recibir aplicación la figura de la asunción de riesgos (XXII Jornadas Nacionales de derecho Civil. V Congreso Nacional de Derecho Civil. Comisión de Daños. “Asunción de riesgos”). A mi modo de ver, las particularidades del ámbito en el que se inscribe el supuesto, deben importar que los proveedores cumplan con alta diligencia los estándares informativos y de seguridad a su cargo.

Sentado ello señalaré que el estudio de lo esgrimido correrá por dos carriles: el del aspecto cognoscitivo y el de la faz volitiva. Es que son lógicos requisitos para que puedas considerarse asumido el riesgo generado por otro que la intervención de la víctima se de en un marco de pleno o cabal conocimiento del riesgo y que la exposición al peligro por parte de la víctima sea voluntaria —es decir, con discernimiento, intención y libertad— (cfr. Caputto, María Carolina, “Asunción o aceptación de riesgos”, LA LEY 12/05/2014, 12/05/2014, 10 - LA LEY 2014-C, 173, Cita Online: AR/DOC/1227/2014).

Conforma una parte significativa de lo actuado en estos obrados los esfuerzos efectuados por las tabacaleras demandadas tendientes a la acreditación de la existencia de un conocimiento previo por parte de la población en general de los peligros intrínsecos que implicaba el iniciarse en el hábito en cuestión.

En efecto se acompañan en lo extenso de esta causa textos relativos a que el tabaco fue conocido por el hombre europeo a partir del descubrimiento de América, artículos sobre que inmediatamente se adoptó la costumbre de fumar copiándola de los indígenas, informaciones atinentes a la discusión acerca de sus posibles efectos sobre la salud humana de antigua data, publicaciones en diarios de amplia circulación que acreditan que dicha discusión llegaba a la población desde la década 50', planes de estudio de escuelas primarias y secundarias en las que se incluía la temática del tabaquismo, y la historia legislativa sobre el tratamiento de esta problemática en diversas épocas (fs. 1122/1306, 1352, fs. 1324, fs. 1334, fs. 1593, fs. 1641/2, fs. 1711, fs. 1728/2205, fs. 2236, fs. 2800/1, fs. 2892, entre otros).

Se torna preciso, entonces, determinar si la información existente al momento en que el causante comenzó a fumar era suficiente para entender verificada la faz cognoscitiva requerida como presupuesto de existencia de la asunción de riesgos.

Este requerimiento es relevante desde que la propia Constitución Nacional enviste a los consumidores con el derecho a ser informados de manera adecuada y veraz (art. 42 CN, según reforma del año 1994). Dicha cláusula constitucional ha quedado debidamente traspolada principalmente en el art. 4 de la ley de Defensa del Consumidor. Se apunta, en definitiva, a que los consumidores puedan prestar un consentimiento para contratar el producto o servicio que sea reflexivo (Farina, Juan M, “Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240, Astrea, p. 7).

Debe repararse en que existen en la doctrina y jurisprudencia distintas posturas.

Algunos sostienen que es una regla aceptada unánimemente que no será necesario advertir sobre riesgos patentes que, en un principio, cualquier persona conoce (Rubi Puig, Antoni, Piñero Salguero, José, “Muerte de un niño asfixiado con un caramelo: Comentario a la STS, 1ª, del 10 de junio de 2002, Indret, 1/2003, p. 4, en Pierto Molinero, Ramiro J., “Fumadores, cigarrillos, tabacaleras y responsabilidad civil”, LA LEY 09/11/2015, cita online: AR/DOC/3880/2015; CNCiv., Sala H, “SA c. Massalin Particulares SA”, del 22 de junio 2005; CNCiv., Sala H, “Bernia, Alfredo c. Massalin Particulares SA” del 8 de octubre de 2007). Otros, en cambio, sostienen que el derecho y deber de informar no juegan de una manera tan liberal, sino que es importante que el productor brinde de manera cierta y objetiva información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos. En tal sentido, afirman que dicha información no puede ser suplida por el conocimiento que tuviera el consumidor, pues si no se brinda información se viola la ley (Márquez, José Fernando, en RCyS 2007-CII, 66, citado por Werlen, Cristian, ob. cit.; Tribunal Supremo de Estados Unidos, en caso “Cipollone” citado por Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo, Martínez Garabino, “El daño generado por el consumo de tabaco”, DJ2004-3, 615, cita online: AR/DOC/2396/2004).

Dentro de esta última tesitura, una corriente advierte que la leyenda “el fumar es perjudicial para la salud” (inserta desde el año 1986 por medio de la ley 23.344) es una previsión suficiente que satisface el deber de información (Freire Aurich, Juan Francisco, ob. cit.; Mosset Iturraspe, Revista de Derecho de Daños N° 5, “El daño originado por el consumo de cigarrillo: su prueba”, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 24), mientras que otros aducen que aquello es insuficiente (Márquez, José Fernando, “La responsabilidad ...”, ob. cit.) y que recién se vio satisfecho adecuadamente aquel deber a partir de que las tabacaleras cumplieran con la manda del art. 10 de la ley 26.687 del 2011 (JCCom. De Mar del Plata, “Laspada, Hugo c. Massalin Particulares SA/ daños y perjuicios” del 5 de agosto de 2016, IJ-CVC-751).

No abrigo mayores dudas sobre la posición que se debe asumir al respecto. En efecto entiendo que las tabacaleras no debieron mantenerse pasivas por esos entonces en su deber de informar (art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor).

Aunque para justificar lo antedicho sería suficiente remitirse al especial marco protectorio que debe hacer las veces de guía para la solución de estos pleitos, quiero hacer notar que conforme la Organización Panamericana de la Salud una encuesta del año 1977 obtuvo como resultado que el 53,7% de los fumadores masculinos consideraban que el consumo de tabaco “no era peligroso”. Esta proporción aumentaba al 75%

entre hombres con educación inferior a enseñanza secundaria (fs. 2361). Adviértase, en tal sentido, que el Sr. I. V. tendría únicamente estudios primarios (fs. 1076 vta., fs. 2622, y fs. 3038/3060).

Se podrá alegar que las normas consumeriles no se encontraban vigentes a la época en que el causante comenzara con el hábito. Empero las distintas disquisiciones que puedan formularse al respecto devienen en intrascendentes.

Debe tenerse presente que las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. La norma del art. 7 del Cód. Civil y Comercial está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del Derecho del Consumo. Se indicó que los fundamentos del proyecto señalaron que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo con lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negocialas (Kemelmajer de Carlucci, Aida, ob. cit., p. 60).

Forzoso es concluir entonces que al momento de fallar sobre la pretensión resarcitoria en la materia se debe aplicar de manera inmediata las disposiciones del nuevo ordenamiento. Es decir, que por tratarse de un caso de responsabilidad civil derivada de una relación de consumo, deberá fundarse la sentencia en la legislación específica en la materia y en las normas que más favorecen al usuario, con prescindencia del momento en que acaeció el hecho generador (Luft, Marcelo, “La aplicación inmediata del nuevo Código a los juicios sobre responsabilidad en las relaciones de consumo” LA LEY 22/02/2016, 9, cita online: AR/DOC/4200/2015).

Aun obviando tal temperamento diré que no es posible deslindarse de responsabilidades desconociendo tan elemental principio general del derecho como lo es el de la buena fe. Es que como tiene dicho la jurisprudencia, el axioma supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones es que todas las relaciones —en todos los aspectos y en todo su contenido— están sujetas al imperio de la buena fe que se eleva a la categoría o rango de principio general (cfr. CNCiv., Sala F, “Aldana Acosta, Fulgencio c. Camba Fernández, Consuelo” del 14 de agosto de 1986 citada por Córdoba, Marcos, “Tratado de la buena fe en el derecho”, LA LEY, p. 455).

Agregaré además que a mi modo de ver el conocimiento del riesgo debe abarcar sus distintas facetas, y en tal sentido —apartando del análisis la perjudicialidad del tabaco para la salud— hallo una idea ciertamente difusa a la época en que el Sr. I. V. comenzara a fumar sobre otra característica relevante del riesgo:

esto es, la posible adicción que genera (vide las noticias de la época de fs. 1369/1593).

Pero ello no es todo. Tampoco puede perderse de vista la influencia activa de la publicidad en la iniciación en el hábito de fumar (Tye, J., Warner, K. y Glantz, S., “Tobacco Advertising and Consumption: Evidence of a Causal Relationship”, *Journal of Public Health Policy*, Vol. 8, No. 4, 1987, pp. 492-508; Botvin, G. et al., “Smoking Behavior of Adolescents Exposed to Cigarette Advertising”, *Public Health Report*, March-April 1993, Vol. 106, No. 2, pp. 217-224; Davis, R., et al., *The Role of the Media in Promoting and Reducing Tobacco Use*, capítulo 7, Influence of Tobacco Marketing on Smoking Behavior, pp. 211-291, U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Cancer Institute, Tobacco Control Monograph Series, Monograph N° 19, 2008, en <http://www.cancercontrol.cancer.gov/tcrb/monographs/19/monograph19.html>. 29) Hersalis, M., Martínez Gabrino, C., y Magri, E. O., “El daño generado por el consumo de tabaco”, *Doctrina Judicial*, 2004-3, p. 625; Werlen, C., “Los daños causados por el consumo del cigarrillo”, *LA LEY Litoral* 2010 (mayo) 05/05/2010, 352, en Ríos, Guillermo C. “Cigarrillos, publicidad e información al consumidor”, id SAJ: DACF120163; la Dra. Sánchez también refirió a fs. 3088 vta. que la publicidad tenía influencia negativa) y su vinculación con la información.

No soslayo las diferencias entre información y publicidad. La primera apunta a ilustrar, a iluminar al discernimiento, a aportar datos objetivos, veraces y suficientes al consumidor respecto de los bienes o servicios ofrecidos, y la segunda orienta esfuerzos a la persuasión, la seducción y a la captación del público (Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Publicidad y consumidores”, en RDPyC 1994-5-66.).

Pero ello no puede importar desconocer que en cierto punto ambas ideas entran en contacto. En los hechos, el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas, viene sistemáticamente vulnerado a través de técnicas de comunicación y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas hacia la persuasión, como mecanismos motivantes o incitadores del consumo, más allá de la satisfacción de necesidad. Deformando la opinión del consumidor le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio. Restringe pues la espontaneidad de su elección; relativiza su poder de decisión, su libertad de contratar (Santella López, M., “Protección jurídica de los consumidores y contratación”, *DJ Madrid*, 1977, N° 16, p. 14 en Stilitz Gabriel, “Daños al consumidor: publicidad, información y cláusulas abusivas” en Trigo Represas, Félix, “Derecho de Daños”, p. 225).

En efecto, creo que puede enmarcarse a la publicidad del tabaco dentro del subtipo de publicidad abusiva: aquella que —entre otras cuestiones— puede llevar a la adopción de conductas lesivas para la propia salud. Es sumamente importante alertar sobre este tipo de publicidades ya que, la intervención de los medios masivos de comunicación en la interacción social, pueden provocar conductas de riesgo (Lovece, Graciela, “Daños derivados de la publicidad”, en Ghersi, Carlos, “Tratado de daños reparables”, T. II, LA LEY, p. 53).

Entiendo que este tipo de publicidades —en especial a las anteriores a la sanción de la ley— desdibujaba el conocimiento público sobre la nocividad de los riesgos del cigarrillo (como tipo de información existente en la época), sin que el consumidor tuviera certera “claridad” (art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor) de los peligros de la práctica.

A la luz de la publicidad promovida por las empresas tabacaleras, consistente en “asociar el fumar a circunstancias placenteras”, el razonamiento es que el mensaje que el consumidor recibe es contradictorio, ya que las advertencias existentes cohabitaban con formas publicitarias destinadas a exaltar el placer derivado del consumo (con similares ideas se expresa Ríos, Guillermo C. “Cigarrillos, publicidad e información al consumidor”, id SAIJ: DACF120163; en similar sentido argumenta Márquez, José Fernando, “La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas”, SJASJA 17/08/2005, cita online 0003/011595). Es decir, el solo hecho de decir que fumar es perjudicial para la salud, era absolutamente insuficiente frente a la atrapante publicidad.

Es decir que no puede afirmarse con certeza que existiera un conocimiento acabado de la perjudicialidad, tampoco puede sostenerse que aquel conocimiento abarcara una nota relevante del riesgo como es el de la dependencia, y por último, la publicidad de la época disminuía en claridad la información global existente.

En la línea que vengo propiciando se pronunció el jurado de Jacksonville en el Estado de Florida en el marco del caso “Grady Carter”. Se consideró que la empresa tabacalera no había anunciado en grado suficiente los perjuicios que trae aparejado el tabaco, induciendo a su consumo con su publicidad (ello no obstante los anuncios y la idea más o menos difusa de la víctima acerca de su nocividad) (citado por Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo, Martínez Garabino, ob. cit.).

No quiero seguir avanzando sin antes advertir una circunstancia más que me condujo a adoptar el temperamento que en este voto vengo desarrollando.

Aclaro que lo hago en este estadio del voto porque la siguiente consideración resulta afín con el conocimiento de los riesgos y la publicidad.

Esto es que a pesar de que las primeras correlaciones estadísticas efectuadas estableciendo una vinculación entre el tabaco y el cáncer data de la década del '30 en Alemania (Viguri Perea, Agustín, “La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco”, Revista de Actualidad Civil N° 46, en Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo, Martínez Garabino, ob. cit.; Prieto Molinero, Ramiro, ob. cit.), que los primeros análisis y estudios científicos conducidos por las tabacaleras datan de los '60 (Lucchiani Guastalla, Emanuele, ob. cit., p. 20), y sin perjuicio de la alta tasa de mortalidad que el consumo de tabaco conlleva y reflejaban los datos de la época, las tabacaleras decidieron presentar al público masivas campañas publicitarias —como ya viéramos abusivas— dirigidas a captar mayor número de consumidores (a los distintos documentos que avalan esta afirmación me remito).

Esto también me conduce a preguntarme acerca de cuáles son las implicancias de la actitud asumida por quien introduce un riesgo en la sociedad en los términos anotados y creo que en un caso como el presente no es razonable invocar de buena fe la defensa de asunción de riesgos (cfr. Van Dam, C., “European Tort Law”, Oxford University Press, UK, 2013, p. 256, quien cita para fundamentar su postura el BGB Alemán en su art. 242, en Molina Sandoval, Carlos A., “Asunción de riesgos”, LA LEY 26/02/2018, cita online: AR/DOC/314/2018).

También diré que las argumentaciones blandidas por la tabacalera, relativas a la posibilidad cierta de que el causante pudiera —por su propia voluntad— dejar de fumar en el transcurso del hábito, carecen de validez para desvirtuar el nexo causal antes referenciado.

Claro que ante la falta de estudios personales sobre la personalidad de base del Sr. I. V. por su prematuro fallecimiento (fs. 3086 vta.) deberé recurrir a pautas científicas que gobiernan la cuestión en la generalidad de los casos.

Aunque los informes estadísticos marquen que aproximadamente el 90% de los ex fumadores dejaron de fumar sin ningún programa de tratamiento, y que en consecuencia se sostenga que la decisión de dejar de fumar es propia e individual de la persona, no puede perderse de vista que la concreción de ello puede estar influenciado por la dependencia (fs. 3087 vta.).

Se reconoce al tabaquismo como una enfermedad que involucra tanto la dependencia física como psicológica a la nicotina. La condición del fumador tiene la

característica de poder ser abandonada sin mayores dificultades en etapas iniciales o en personas que fuman poco u ocasionalmente, pero en el fumador regular (como fue el caso del Sr. I. V.) se desarrolla una adicción progresiva a la nicotina que dificulta marcadamente o hasta “impide” la cesación del consumo, de manera que ya no se trata de un hábito sino de una enfermedad adictiva (fs. 3087; vide “La medicina explica por qué es tan difícil dejar el cigarrillo” —noticia La Nación— de fs. 2280).

Sin desconocer que algunos problemas vinculados a la adicción puedan ser revertidos con medicación (fs. 3087 vta.), apoyo profesional y continuidad del tratamiento (fs. 3088 vta.), lo que la realidad demuestra es que no todos los fumadores logran dejar a tiempo el hábito. Además la dependencia no es solo física por lo que el abandono también puede estar influenciado por cuestiones psicológicas que no se controlan con las terapias de remplazo (fs. 3089 vta.).

La dependencia incide directamente en la posibilidad de elegir libremente dejar el cigarrillo, por lo que no puede hablarse de un acto meramente voluntario del fumador, tal como reconoce la propia demandada Massalin en su responde.

Lo que apunté precedentemente también es advertido por la doctrina especializada (cfr. Lucchiani Guastalla, Emanuele, ob. cit.). Se señala que es cierto que a pesar de que conocen la nocividad de fumar, muchos fumadores no logran abandonar el cigarrillo, permaneciendo víctimas de tal dependencia (De acuerdo, Ponzanelli, “Class action”, tutela de fumatori e circolazione dei modelli giuridici, p. 306, quien señala el carácter de peligrosa dependencia que el tabaco es capaz de generar en los consumidores y que anularía de modo absoluto la “libertad de elección”).

Solo a efectos de ilustrar la cuestión señalaré que la Sra. Q. indicó en la confesional de fs. 1077 que cuando el Sr. I. V. estaba enfermo ella creía que fumaba a escondidas de todos, que había indicios (posición vigésimo quinta).

En definitiva, el silogismo seguido en este considerando, analizado en función de la estrictez que se le debe imprimir al examen de la eximente por las razones antes invocadas, me persuade de que no se armaron a este proceso pruebas fehacientes y determinantes que acrediten una real culpa de la víctima.

En suma, votaré por modificar este aspecto medular del fallo, rechazando la defensa esgrimida por la coaccionada.

En consecuencia, quedando evidenciada la responsabilidad civil de la tabacalera (British American

Tabacco SAIC y F.) por los hechos en debate, procederé a examinar los distintos ítems que conforman la cuenta indemnizatoria.

VI. Extensión del resarcimiento

Antes de entrar en la consideración particular de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados, cabe señalar que solo propiciaré indemnizar los daños debidamente probados y que resulten ciertos y no la mera posibilidad o hipótesis de daño. Por otro lado, el monto peticionado por las coaccionantes no marca el límite de la pretensión, por lo que conceder más de lo pedido no importa incongruencia por *ultra petita*, ya que la utilización, como ha ocurrido en el caso de la fórmula “(...) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse (...)” (fs. 80) habilita al magistrado a estimar el quantum indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, pues no se encuentra obligado por la suma requerida tanto para el caso de que aquella resulte ser mayor o menor a la reconocida (CNCiv., Sala H, “Arman, Efraín D. c. Supermercados Mayoristas Makro SA y otro” del 25 de marzo de 2013).

Además, no debe olvidarse que estamos en presencia de una deuda de valor. Se ha sostenido, siguiendo a Nussbaum y Ascarelli, que el dinero no constituye el objeto de la prestación sino el medio para satisfacer la misma al tiempo del pago (deudas de valor), distinguiéndolas de las dinerarias, donde la prestación es una suma de dinero (deuda dineraria) (ver en este sentido CNCiv., Sala “K”, “Barbosa, Hernán D. c. Battistuta, Federico O.” del 8 de junio de 2007, cita online AR/JUR/5448/2007).

Hechas estas aclaraciones, pasaré seguidamente y por razones de orden expositivo a considerar por separado los distintos aspectos del reclamo que realizaron las demandantes.

1. Reclamos “iure proprio” realizados por la coactora S. I. V.

i. Valor vida

Se dejó constancia en el punto XI del escrito de demanda que se incluyó en el monto mencionado por incapacidad física demandado iure hereditatis, el valor vida reclamado por la hija.

Considerar que la vida humana no tiene un valor económico per se sino en función a lo que produce o puede producir constituye un enfoque estrictamente económico y axiológicamente disvalioso, que no se condice con el respeto de la vida y la dignidad como derechos fundamentales del hombre, tutelado por declaraciones internacionales, tratados, senten-

cias de tribunales transnacionales y receptados entre otros por el art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, arts. I, IV y VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2, 3, 6, 16 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos humanos, todos ellos de raigambre constitucional en nuestro país (ver también Morello, Augusto M. en “La Vida Humana y los valores” en JA, 2005-III-256). La vida humana tiene un valor constitucional a pesar de la ausencia de toda regla constitucional concerniente a su protección (conf. Tribunal Constitucional de Polonia del 28/05/1997 de “Investigaciones”, Secretaría de la Corte Suprema, Dir. Dr. Rolando E. Gialdino, 1998-1-93).

El valor de la vida humana no es apreciable con criterios exclusivamente económicos. El daño por la muerte de la víctima no puede atenerse a criterios o concepciones materialistas que deben necesariamente ceder frente a una comprensión general de valores —materiales y espirituales— unidas inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia (conf. CSJN del 26/08/1975 *in re* “Noya, Alfonso y otro c. Prov. de Bs. As., punto 16).

Al analizar el presente reclamo, sostengo que la privación de cualquier existencia humana importa siempre un perjuicio como mera contrapartida del valor de esa vida, y la valuación económica mínima lo es sin perjuicio de que puedan considerarse otras circunstancias para aumentar la indemnización, como ser la pérdida patrimonial que puedan experimentar los sobrevivientes a raíz de ese fallecimiento. Y ello debe ser así, aun cuando pueda tratarse de personas que no tengan capacidad de generar ingresos propios y/o que tengan económicamente herederos mayores de edad que no dependan del fallecido en lo económico.

No cabe duda alguna, desde mi punto de vista, que el mayor daño que puede ocasionarse a una persona es precisamente quitarle la vida; de allí que no pueda ser admisible dentro del régimen de daños, que mediando una muerte pueda concluirse en un rechazo de indemnización por valor vida. Podrá ser mayor o menor en función de los criterios expuestos por el Magistrado, pero nunca podría ser rechazado totalmente porque se trata de la máxima afrenta o daño a considerar dentro del sistema jurídico.

Recuérdese que el hijo menor se encuentra normalmente en situación de amplia dependencia, económica y espiritual, en relación con sus padres: no se vale por sí mismo y vive a expensas de estos, lo cual se proyecta en un imperativo legal para quienes le dieron la existencia. Por consiguiente, es lógico inferir que la muerte de alguno de los progenitores priva a ese hijo de lo necesario para su subsistencia (Zavala

de González, Matilde, “Resarcimiento de daños. Daños a las personas. 2B (pérdida de la vida humana)”, Ed. Hammurabi, p. 190).

Esta Sala tiene dicho que “... a los fines de establecer el “valor vida” debe tenerse en cuenta, respecto del occiso, su sexo, edad y tiempo probable de vida útil, su educación, profesión u oficio, caudal de ingresos a la época del deceso, probabilidades de progreso y ahorro, aptitudes para el trabajo, nivel de vida y condición social; mientras que, desde el punto de vista de quien reclama la indemnización, habrá de meritarse el grado de vinculación o parentesco con aquel, la ayuda que de él recibía, el número de miembros de la familia, etc., factores todos que quedan librados al prudente arbitrio judicial (conf. Voto Dr. Dupuis en c. 45.012 del 07/07/1989 y citas que efectúa del voto del Dr. Calatayud en c. 44.485 del 26/06/1989 y de Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, 2a. ed., T. 4, p. 261, nota 66; Sala “C” en ED, 84-332; Sala “D” en ED, 75-306; íd. ED, 80-808, n° 37; voto del Dr. Calatayud publ. en LA LEY 1988-C-106; v. voto Dr Dupuis en cc. 40.863 del 01/03/1989 y 31.125 del 07/12/1987; Borda, “Obligaciones”, 7a. ed., T. II, ps. 419 y sigs., N° 1582; Kemelmajer de Carlucci, op. cit., T. cit., p. 200 y sus citas).

Aquellas son las líneas seguidas por el Cód. Civ. y Com. de la Nación, el que en su art. 1745 dispone que “[e]n caso de muerte, la indemnización debe consistir en: (...) b) lo necesario para alimentos (...) de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario (...); esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes (...)].”

En este contexto debe apreciarse que el Sr. I. V. al momento de su fallecimiento tenía 46 años de edad, que tenía una única hija, que por aquella época su oficio era el de gasista y/o plomero, que en momentos de su enfermedad fue mantenido por su padre jubilado, y que no poseía bienes de fortuna, entre otras cuestiones (ver declaraciones de fs. 26/29 brindadas en el beneficio de litigare sin gastos N° 41.607/1998 iniciado por el occiso).

De su lado, la reclamante era la hija del occiso (fs. 10 de estos autos principales), contaba a la fecha del fallecimiento con la edad de 13 años, convivía con su madre que se encontraba “en plan de separación” (fs. 27 y 28 vta. de la causa precedente). También deben apreciarse las demás condiciones socioeconómicas de la madre que quedaron ilustradas en los beneficio de litigar sin gastos N° 97.953/1998 (*vide* fs. 64/66, 103,

109, 121, entre otras) y 32.464/2011 (*vide* fs. 7, 9, 11, entre otras).

En mérito de lo cual, encuentro acreditada la incidencia que el deceso del Sr. M. I. V. debió de haber producido en la coactora S. I. V., al no contar más con su ayuda para su cuidado.

En virtud de lo expuesto y análisis efectuado, los datos de conocimiento general, y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Cód. Procesal, fijo el monto indemnizatorio en la suma de \$400.000.

ii) Incapacidad psicológica

Apuntaron en el libelo de inicio las demandantes que la hija sufrió una marca indeleble en su evolución psíquica por la pérdida del padre en una edad temprana. A ello le añadieron un reclamo en concepto de tratamiento psicológico.

El daño psíquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos y a veces tiene también manifestaciones somáticas. Implica un desequilibrio patológico, diagnosticable por la ciencia médica, que se traduce en disturbios que disminuyen en la persona, sus aptitudes laborales e inciden en su vida de relación.

En efecto debe ser considerado una especie del daño patrimonial, que produce un menoscabo a la integridad psicofísica de la persona y a su estructura vital; que importa una merma o disminución de su capacidad psíquica.

Ahora bien para que el daño psíquico sea indemnizable en forma independiente del daño moral, debe ser consecuencia del hecho por el que se reclama y ser coherente con este, además de configurarse en forma permanente.

Sucede en la especie que la perito desinsaculada en la causa, Lic. Carina Rudistein, concluyó luego de efectuar los exámenes y análisis correspondientes que la codemandada S. I. V. no padecía daño psicológico.

En su experticia enumeró los distintos elementos de evaluación utilizados, efectuó un análisis de las funciones psíquicas de la entrevistada, detalló la conformación de su estructura familiar, y efectuó una evaluación de las técnicas utilizadas (fs. 2454/2456).

Entre las distintas aseveraciones realizadas por la peritada en ocasión de la entrevista se puede señalar que la misma sostuvo que se olvidó enseguida del fallecimiento de su padre, que se acostumbró. Recordó

que su padre no era muy demostrativo, que tenía un carácter fuerte, era serio y que a veces se la “agarraba” con ella cuando tenía una “locura” (fs. 2454).

Terminó afirmando la especialista que no se observó cuadro compatible con daño psíquico producido por el padecimiento y posterior muerte de su padre. Por ello, y al no constatare daño, sostuvo que era innecesaria la realización de algún tratamiento psicoterapéutico (fs. 2457).

Aclaró que el periodo de tiempo transcurrido entre la muerte de su padre y la evaluación pericial era suficiente para que una persona —que atravesó un duelo— no presente signos del mismo. Indicó por último que un duelo normal se resuelve en un periodo de tiempo que oscila entre el año y los dos primeros años luego del deceso (fs. 2461).

Advertiré que la impugnación de la parte actora de fs. 2474 y fs. 2658, en virtud de la falta de acompañamiento de las pruebas psicométricas y tests, perdió vigencia ante la presentación de los instrumentos respectivos (fs. 2989/3077) y ausencia de adecuada observación. Así, concluyo que corresponde otorgarle eficacia probatoria a dicho dictamen pericial (arts. 368 y 477 del Cód. Procesal). En definitiva, por el razonamiento seguido, se impone el rechazo del presente reclamo indemnizatorio.

iii) Daño moral

Aducen las codemandadas que la por entonces menor también sufrió padecimientos morales al tener que acompañar al occiso en su padecimiento, postergando aspiraciones personales en función de la relación parental. Requieren que este reclamo tenga carácter ejemplificador.

El daño moral —en su concepto genérico— importa la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.

Se da cuando de una manera u otra se ha perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (CNCiv, Sala E Servin, Daniel Aníbal c. Alonso, Hugo Omar y otros del 13 de marzo de 2008) provocando una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (CNCiv, Sala L, B., F. J. c. Empresa de Transporte Tte. Gral. Roca SA y otros del 31 de marzo de 2008).

En el caso concreto, cabe aceptar, en principio, la lesión a las legítimas afecciones de la hija en caso de muerte del padre. El deceso de un padre produce —*in re ipsa*— la afectación profunda de los más íntimos sentimientos, quedando en consecuencia demostrado el daño moral por el solo hecho de la acción antijurídica (CNCiv., Sala E, 09/11/1983, ED. 107-433).

No se presenta como un obstáculo en la especie la circunstancia de que la menor no padeciera consecuencias psicológicas del tipo permanente, pues la perito dejó en evidencia que necesariamente debió transitar por un duelo frente al deceso de su padre. De hecho, la coactora S. I. V. refirió que aquel hecho fue sorpresivo para su persona (fs. 2454). Tampoco deja de conmover la circunstancia de que le indicara a la idónea que repensando todo lo sucedido le hubiera gustado que su padre conozca a su hijo y que viviera su casamiento (fs. 2454 y 2455).

Para fijar su cuantía, corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existen, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (conf. CNCiv., Sala E en c. 49.115 del 10/08/1989; íd. en c. 61.197 del 05/02/1990; íd. cc. 59.284 del 21/02/1990, 61.903 del 12/03/1990, 56.566 del 28/02/1990, 67.464 del 22/06/1990, CNCiv., Sala J, c. 67.533/98, de agosto del 2000, Sala F 30/08/2007; CNCiv., Sala L, 31/03/2008; Sala E, 13/03/2008 entre muchos otros).

En virtud de todo lo anteriormente analizado, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; los datos de conocimiento general; y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Cód. Procesal, acuerdo el monto indemnizatorio en la suma de \$900.000.

2) Reclamos “iure hereditatis” efectuados por las coactoras.

Anticipadamente a examinar lo que fue concreto motivo de reclamo por parte de las accionantes efectuaré una breve reseña sobre la legitimación procesal que ellas tienen para demandar los distintos ítems resarcitorios consignados en la demanda (devolución de sumas abonadas para la compra de cigarrillos, incapacidad sobreviviente, daño moral y gastos de asistencia).

Así diré primeramente que no encuentro óbice para considerar que a las demandantes no le asiste el derecho a formular un reclamo indemnizatorio por daño moral.

Recordaré que la indemnización por daño moral sufrido por la víctima de lesiones que luego fallece es ejercitable iure hereditatis en relación con los padecimientos y menoscabos espirituales previos a la muerte que aquel experimentara. Aunque existe al respecto como requisito legal de admisibilidad (art. 1099 del Cód. Civil y 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; doctrina plenaria de este Tribunal “Lanzillo, José c. Fernández Narvaja, Claudio” de fecha 7 de marzo de 1977) la necesidad de que la acción hubiese sido entablada por el difunto con anterioridad, en el caso puede ser asimilable a dicha idea la acción de prueba anticipada iniciada en vida por el occiso (arg. CNCiv. Sala L, “Gil de Rueda, Margarita M. y otro c. Araujo, Álvaro A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 24 de mayo de 2012) e inclusive la mediación llevada adelante por su apoderado (fs. 2; arg. CSJN, “Nastasi, Grace J. E. c. Aerolíneas Argentinas SA s/ daños y perjuicios” del 16 de octubre de 2002, Fallos: 325:2703). En análogo sentido me he expedido como Juez de primera instancia en los autos “Herrera, María L. y otros c. Pozzi, Ricardo O. y otros s/ daños y perjuicios”, (Expte. N° 63941/2008) del 14 de abril del 2016.

En cuanto a la acción tendiente a obtener una indemnización en concepto de incapacidad sobreviviente, el fallecimiento de esta con anterioridad al inicio de la causa sobre daños y perjuicios tampoco aparece como un obstáculo insalvable para ejercer la acción iure hereditatis, pues si ello es así respecto de una acción personalísima por excelencia como lo es la que persigue la reparación del daño moral, con más razón lo será respecto de la incapacidad sobreviviente (cfr. CNCiv., sala E, Aranda, Antonio c. Quiroga, Claudio R. y otros, del 12 de mayo de 2009).

Por último señalaré que no puede haber discusión sobre la posibilidad de reclamar iure hereditatis los daños patrimoniales que puede haber sufrido la víctima en el tiempo transcurrido entre el suceso lesivo y el fallecimiento. Se trata, por ejemplo, de los gastos terapéuticos efectuados por el lesionado para intentar una curación a la postre frustrada. Es que en materia de daño patrimonial previo a la muerte, la acción se transmite a los herederos aunque no haya sido ejercida en vida por el causante (Zavala de González, Matilde, ob. cit. p. 60/61).

i) Devolución de sumas abonadas en concepto de adquisición de paquetes de cigarrillos

En el escrito introductorio la parte actora requiere la devolución del importe abonado por el causante en la compra de los productos nocivos para su salud fabricados por la empresa demandada.

El planteo efectuado por la parte actora en dichos términos, estimo, debe ser desestimado.

Para decidir acerca de este aspecto, tiénese en cuenta que la indemnización por daños y perjuicios cumple una función de equilibrio patrimonial; es decir que está destinada a colocar el patrimonio dañado en la mismas condiciones en que se encontraba con anterioridad al hecho.

Sin embargo, el reembolso pretendido significaría un enriquecimiento indebido, pues lo abonado fue en concepto de contraprestación por la entrega de un producto que resultó consumido.

En razón de ello, se impone el rechazo del presente reclamo.

ii) Incapacidad sobreviniente

Sostienen las coaccionantes que el actor contaba a la fecha de la mediación con 46 años de edad y una incapacidad permanente del 100%.

Indican también que el Sr. I. V. era un adicto y que pese a los daños sufridos en su organismo sintió un impulso irresistible de fumar, lo que hizo que pese a los paliativos médicos se produjera el progreso de su enfermedad.

En razón de ello, peticionan una indemnización tanto por el daño físico como por el psicológico padecido.

En virtud de la índole de este reclamo, cobra especial trascendencia la pericia médica practicada por el mencionado Dr. Duarte en momentos en que el Sr. I. V. se encontraba con vida.

En su dictamen expresó el especialista que el entrevistado se encontraba con imposibilidad de deambular —en estado de postración—, haciendo remisión a las constancias de la historia clínica (punto A) (fs. 42 y 45), y que no era posible efectuarse pruebas habida cuenta la baja performance que el mismo presentaba al examen médico (fs. 43).

También anotó en su presentación que el diagnóstico de tumor de pulmón fue inicialmente clínico, realizado en consultorios externos del Sanatorio Quilmes SA con fecha 28 de septiembre de 1995 (fs. 42 vta.).

Sostuvo el Dr. Duarte en su pericia que teniendo en cuenta que el pulmón izquierdo —tanto para la función ventilatoria como para el intercambio gaseoso— aportaba el 45% de estas funciones y el derecho el 55% se podía calcular que por la neumonectomía izquierda (ablación del pulmón izquierdo) presentaba el Sr. I. V. una disminución de la función ventilatoria y de intercambio gaseoso de un 45%. A ello le sumó una pérdida de las mismas funciones en

pulmón derecho, de un 15%, debido a la presencia de bullas enfisematosas (espasmos no funcionales) en lóbulos superiores e infiltrados de tipo retráctil (fs. 43/43 vta.).

Se dejó constancia que además el paciente presentaba una entidad clínica denominada hipocratismo digital o dedos en palillo de tambor, donde los dedos se presentan con una tumefacción localizada en su extremidad si tal por aumento del volumen del pulpejo, y con uñas en vidrio de reloj. Dijo que esta entidad acompaña con frecuencia a los pacientes con alteración de la hematosi (fs. 43 vta.).

Sostuvo que el porcentaje total calculado de pérdida de la función respiratoria era del 60% de la normal para su salud y sexo; atribuida a la neumonectomía el 45% y al hábito de fumar (deterioro de pulmón restante) un 15% (fs. 43 vta.).

Aduce que surgía de que el paciente presentaba compresión del paquete nervioso del miembro superior izquierdo (plexo braquial izquierdo) debido al crecimiento de la masa tumoral (fs. 44).

Detalló que el miembro superior izquierdo presentaba hipotrofia muscular marcada respecto del miembro superior derecho. El dolor de tipo irradiativo es por la compresión de la masa tumoral sobre el plexo braquial. Expreso que le corresponde una incapacidad total del miembro examinado del 100% (fs. 45).

También se describió que el paciente perdió peso por causa de la enfermedad (fs. 45).

En definitiva afirmó el experto que el paciente poseía una incapacidad total y permanente del 95% (fs. 45 vta.).

Llegado a este punto diré que no desconozco las distintas oposiciones que recayeran sobre dicho dictamen por parte de la compañía tabacalera demandada (fs. 52 de la causa referenciada y fs. 578 de estos obrados), ni los alcances de la resolución recaída en los autos sobre prueba anticipada a fs. 190/191 respecto de la validez y posterior forma de examinar la virtualidad probatoria de aquel informe pericial, pero lo cierto es que además de que muchas de los padecimientos descriptos son los que de ordinario ocurren en un paciente que padece cáncer de pulmón, ninguna prueba en contrario se produjo para desvirtuar lo que en este punto nos concierne.

Por estas razones, y en lo que aquí nos interesa, habré de otorgarle eficacia probatoria a transcripto dictamen presentado por el Dr. Duarte (arg. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal).

La faceta psicológica adquiere ribetes propios en la causa, puesto que —como se comentara en el cuerpo del voto— no fue posible que un especialista en dicha rama se expidiera sobre los puntos periciales propuestos por el propio Sr. I. V. frente a su fallecimiento (art. 377 de Cód. Procesal). Claro que ello no impide tener una especial consideración a la hora de evaluar el perjuicio moral.

Sentado ello señalaré que es cierto que las edades de las víctimas y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv. Sala “F”, L-208.659, del 04/03/1997, voto del Dr. Posse Saguier).

Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto que “para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación” (Lorenzetti, Ricardo Luis “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado”, T VIII p. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).

No se me escapa que, tal como se pusiera de relieve en un precedente de esta Sala (“Vega Rubilan, Sonia de las Mercedes c. Transporte Automotor General las Heras SRL s/ daños y perjuicios” del 22 de diciembre de 2005), “...conforme lo enseña parte de la doctrina nacional para el caso de la muerte de la víctima durante el proceso, “la mensura del daño económico derivado de su incapacidad no podrá extenderse a los lucros calculados presuntivamente en atención al resto de vida probable que tenía al ocurrir el hecho, sino circunscribiéndolos hasta el momento de la muerte, como realidad que ha enervado aquella probabilidad (...) la adopción de la edad de probable vida media puede no corresponder a aquella del individuo que en el caso concreto se presenta como gravemente enfermo al momento de la sentencia. De lo que se infiere que habría que adoptar la expectativa existencial específica de la víctima, y no la promedio” (conf. Zavala de González, Matilde, Daños a las personas-In-

tegridad psicofísica-2a, Editorial Hammurabi - 1990, ps. 453/454)...”

En consecuencia, teniendo en cuenta los padecimientos físicos constatados por el especialista, la fecha de inicio de la patología y su evolución hasta el deceso ocurrido el 18 de julio de 1998, la edad de la víctima, su estado civil, ocupación, y demás circunstancia personales que se vislumbran en el beneficio de litigar sin gastos por él iniciado (Expte N° 41.607/1998), propondré al Acuerdo fijar por este concepto resarcitorio la suma de \$800.000 (art. 165 del Cód. Procesal).

iii) Daño moral

Señalan las coactoras que el Sr. I. V. sufrió un gran padecimiento moral a consecuencia de la enfermedad incapacitante derivada directamente del consumo de los productos de la demandada.

En el caso, este reclamo por agravio moral lo entiendo procedente para la víctima fatal de autos.

Es que no debe perderse de vista las imaginables repercusiones que puede tener para cualquier sujeto la circunstancia de tener que atravesar una enfermedad eventualmente terminal.

A ello bien puede añadirse las diversas situaciones particulares por las que debió transcurrir durante la enfermedad y que fueron objeto de concreta prueba (punciones de biopsia, neumonectomía practicada, tratamiento de quimioterapia, radioterapia, aplicación de jarabe de morfina, y otros exámenes a los que tuvo que someterse, conforme fs. 42, 43 y 44 vta. de la prueba anticipada N° 41606/1998.

Así, accederé al resarcimiento que se persigue, en una cuantía que habré de fijar prudencialmente y conforme a lo dispuesto por el art. 165 del Cód. Procesal, para que constituya un verdadero y justo resarcimiento al daño que es dable reconocerle al actor, según los antecedentes ya descritos y demás particularidades del caso (CSJN, ago.5-986, ED, 120-649, con nota de Borda; Belluscio y otros ob. cit. 5 p. 113).

En virtud de ello, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; las lesiones y sufrimientos padecidos por el Sr. I. V.; los datos de conocimiento general; y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Cód. Procesal, fijo el monto indemnizatorio en la suma de \$700.000.

iv) Asistencia médica y farmacéutica

Reclaman en este ítem las coactoras la devolución de las sumas que fueron oportunamente utilizadas hasta el fallecimiento del causante para hacerle frente a la enfermedad.

En el presente reclamo cabe aplicar un concepto amplio, y no exigirles necesariamente a los reclamantes la prueba acabada de la existencia y extensión del perjuicio que invoca.

En este sentido la jurisprudencia ha entendido que en estos gastos no se requiere prueba de las erogaciones, toda vez que los mismos pueden presumirse cuando de acuerdo con la índole de las lesiones se infiere que la víctima debió realizar desembolsos extraordinarios para su movilidad, como ser vehículos de alquiler. La procedencia del mismo no puede discutirse si se encuentra probado la entidad de las lesiones, consecuentemente no es óbice para su reclamo la ausencia de comprobantes que lo justifiquen de modo fehaciente (conforme argumentos CNCiv., Sala G, “Langer, Liria c. Tia SA Mercado s/ daños y perjuicios, del 8 de junio de 2007).

Además, jurisprudencialmente se estima procedente el reintegro de este tipo de erogaciones si se determina que son consecuencia del hecho ilícito: “Ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente el respectivo pago, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Por lo demás, esta conclusión debe mantenerse aún en el caso de que quien resultó damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o que cuente con cobertura social; toda vez que siempre existen desembolsos que no son completamente cubiertos (cfr. “Hidalgo c. Rolón”, del 05/03/2007).” (CNCiv., Sala B, en autos: “M. M. H c. Kraft, Daniel A. s/ daños y perjuicios, del 10 de octubre de 2007).

En síntesis, la prueba de los gastos farmacéuticos, asistencia médica y demás, no deben exigirse con un criterio riguroso, y el juez se halla facultado a fijarlos razonablemente. Lógicamente se han de fijar siempre que haya una relación lógica con las lesiones que contribuyeron a curar.

Reiteraré que conforme se desprende de la pericia el Sr. I. V. debió practicarse punciones de biopsia, una neumonotomía, se realizó tratamientos de quimioterapia y radioterapia, y se le aplicó jarabe de morfina (*vide* fs. 42, 43 y 44 vta. de la prueba anticipada N° 41606/1998).

Por ello, tomando en consideración lo anteriormente expuesto; lo que surge de la pericia médica sobre intervenciones, exámenes y medicación administrada durante el transcurso de la enfermedad; los

datos de conocimiento general, y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Cód. Procesal, fijo el monto indemnizatorio en la suma de \$50.000.

VII. Intereses

En lo referente a este ítem, dispongo que los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas *iure hereditatis* sean computados desde que el daño quedara consolidado (11 de octubre de 1995) y hasta el efectivo pago, conforme a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central.

En cuanto a los montos fijados por los rubros reclamados por *iure proprio*, a los mismos se les adicionarán accesorios desde la fecha de muerte del Sr. I. V. (17 de julio de 1998) y hasta el efectivo pago a igual tasa que la dispuesta en el párrafo precedente.

Aclaro con relaciona a tasa de interés a aplicar, que si bien como vocal preopinante propugno en la generalidad de los casos la activa, conforme doctrina plenaria “Samudio”, lo cierto es que tomando en consideración el tiempo transcurrido desde el hecho generador y a efectos de evitar un enriquecimiento sin causa en el patrimonio del actor, considero que la tasa antes indicada satisface adecuadamente los padecimientos que el retardo en el cumplimiento de la obligación generó.

Recordaré en tal sentido que si bien la tasa de interés a aplicar queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces, los arbitrios a utilizar no deben lesionar garantías constitucionales, y esto acontece cuando, como en el caso, se verifica una suma exorbitante producto de la aplicación mecánica de una tasa, que arroja un resultado notablemente superior al de los valores a sustituir (CS, 26/02/2019, “Bonet, Patricia G. por sí y en rep. hijos menores c. Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo Sociedad Anónima y otros s/ accidente - acción civil”).

VIII. Costas

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la modificación de la sentencia de grado, tal circunstancia conlleva la pérdida de virtualidad de la imposición efectuada por el *a quo* en la materia, debiendo este Tribunal —en orden a lo previsto por el art. 279 del Cód. Procesal— expedirse nuevamente sobre este particular.

En virtud del razonamiento seguido y en razón de que la acción resultara procedente, pondré a mis colegas que las costas de primera instancia sean impuestas a British Tabacco SAIC y F. Ello con la salvedad a las atinentes al rechazo de la acción contra Mas-

salin Particulares SA, las que deberán correr a cuenta de la parte actora por haber resultado perdidosa (art. 68 Cód. Procesal).

En relación con las costas de Alzada, atendiendo al principio objetivo de la derrota, las mismas serán impuestas a la tabacalera vencida (art. 68 del Cód. Procesal). La excepción que recaerá en cuanto a estas será en lo respectivo a la excepción de prescripción, las que por las razones supra exhibidas, deberán recaer por su orden.

IX. Por todo lo expuesto, y si mi voto fuese compartido, propongo: 1) Confirmar el rechazo de la excepción de prescripción oportunamente deducida, 2) Admitir el rechazo de la acción entablada por M. A. Q. y S. I. V. contra Massalin Particulares SA, 3) Modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a la acción promovida por sendas coaccionantes contra British Tobacco SAIC y F., 4) Fijar en concepto de indemnización iure propio para S. I. V. por valor vida y daño moral por las sumas de \$400.000 y \$900.000, y rechazar el planteo resarcitorio por el daño psicológico, 5) Acordar en concepto de indemnización iure hereditatis para ambas coactoras por incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos de asistencia las sumas de \$800.000 \$700.000 y \$50.000, y desestimar el reclamo por devolución de sumas abonadas para la compra de cigarrillos, 6) Establecer los intereses de acuerdo con lo mencionado en el apartado VII., 7) Imponer las costas del proceso de conformidad a lo considerado en el punto VIII.

El doctor *Díaz Solimine* dijo:

Por razones análogas a las expuestas por el vocal preopinante, doctor *Converset*, adheriré a su voto.

El doctor *Trípoli* dijo:

Si bien comparto las consideraciones que en torno a la excepción de prescripción pasiva realiza en su fundado voto mi distinguido colega de Sala, doctor *Converset*, a las que adhiero, disiento con la solución que propone, pues considero que la decisión adoptada en la instancia anterior, en cuanto desestima la demanda incoada en autos, debe ser confirmada.

En efecto, en las presentes actuaciones se encuentra acreditado que el Sr. I. V. tenía el hábito de fumar desde que contaba con 17 años de edad (ver fs. 2676) y que falleció el 17 de julio de 1998 cuando apenas tenía 47 años de edad, producto de sufrir un adenocarcinoma.

También se encuentra probado que el diagnóstico de cáncer de pulmón fue inicialmente clínico —a través de los consultorios externos del Sanatorio Quil-

mes SA el día 28 de septiembre de 1995; ver fs. 42 vta. de la prueba anticipada— y luego mediante protocolo anatomopatológico N° 4230/95.

Asimismo, es dable destacar que la patología antes aludida fue primaria de pulmón y no por metástasis (ver fs. 3092 vta. del informe pericial médico).

Ahora bien, la obligación de reparar el daño exige cuatro presupuestos: daño, ilicitud, factor de atribución y relación de causalidad. Estos elementos son el eje alrededor del cual se construye la unicidad del fenómeno resarcitorio.

Al hablar de causalidad, debe distinguirse el concepto de causa, de la condición y de la ocasión de un efecto. Así, la condición es el antecedente de un resultado. En el Derecho de Daños no se responsabiliza al sujeto que coloca una simple condición del daño, aunque esa condición sea necesaria; esta debe haber sido, además, adecuada o idónea para ocasionarlo. Solo así la condición necesaria se erige en causa jurídica del resultado. La ocasión es también una condición del resultado, que favorece o activa el funcionamiento de la verdadera causa (Zavala de González, M., Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 245/246).

Nuestros Cód. Civil derogado —aplicable al caso bajo estudio— entre los artículos 901 a 906 y el actual, en los artículos 1726 y 1727, adoptan la teoría de la causalidad adecuada que considera a las condiciones en abstracto, y selecciona como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tenía aptitud para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia. Es decir que es causa jurídica del daño la condición idónea, “adecuada”, para producirlo, acorde con reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente (Zavala de González, M., ob. cit., p. 255/256).

Causalidad, en esencia, es probabilidad, la posibilidad u oportunidad de que suceda un evento en particular. Al mismo tiempo, no deben existir otras causas a las que puede asignarse un mayor coeficiente de incidencia. Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad, en el que necesariamente se debe investigar si el daño se hubiese verificado igualmente, aun en ausencia del hecho que constituye la fuente de la responsabilidad.

Certeramente ha explicado Le Tourneau que “...la causalidad jurídica no equivale a la causalidad científica. Esta última busca y se basa en la verdad, mientras que la primera se contenta con la verosimilitud, la certidumbre. Los científicos estudian un evento

conocido (el efecto) y buscan la causa desconocida; el jurista examina dos eventos conocidos (el daño y el hecho generador alegado) y busca si, entre los dos, existe un nexo de probabilidad, nada más..." (Le Tourneau, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2010, N° 1713-1, p. 565).

Lo que se encuentra en discusión en las presentes actuaciones es si existe relación de causalidad entre el hábito tabáquico del Sr. V. y la enfermedad que le provocó la muerte.

Luego de un detenido análisis de los diferentes elementos probatorios (en especial los informes periciales agregados en las presentes actuaciones y en la prueba anticipada), estoy convencido de que la respuesta al problema antes planteado, es negativa.

Me explico.

En primer lugar, no desconozco que el perito médico, Oscar Daniel Duarte, designado de oficio en el marco de las actuaciones sobre prueba anticipada asoció en forma tajante el diagnóstico de adenocarcinoma de pulmón al hábito de fumar cigarrillos (ver fs. 45 vta.). Sin embargo, a tal informe pericial no puede otorgársele el valor convictivo que la parte actora pretende.

Es que si bien el informe presentado por el mentado galeno a fs. 42/48 de la prueba anticipada no fue declarado nulo, en la resolución de fs. 190/191 del mismo expediente se le otorgó un carácter indiciario.

En esa ocasión, ya se le advirtió a la actora que dicha prueba carecía de valor probatorio conclusivo alguno, motivo por el cual debía integrarse con otras pruebas (ver fs. 191 del Expte. N° 41.606/98 y fs. 3240, último párrafo, de las presentes actuaciones). La razón de tal decisión fue que la contraparte, oportunamente, no había tenido la posibilidad de fiscalizar la producción de la prueba pericial. Es por ello que, en virtud del principio procesal de amplitud probatoria, se decidió la confección de un nuevo informe pericial a cargo de la Dra. Viviana Inés Sánchez, el cual obra agregado a fs. 3083/3098 de las presentes actuaciones.

De este último informe, realizado aproximadamente 17 años después, con intervención de todas las partes y con mayores conocimientos científicos —lo que no puede dejarse de lado al momento de ponderarlo en comparación con el agregado en la prueba anticipada—, resulta que el cáncer de pulmón se trata de una enfermedad asociada a múltiples factores de riesgo que se potencian entre sí, como por ejemplo genéticos, ambientales y relacionados con la actividad laboral (exposición a químicos, tóxicos y a la radiación) y no solo con el hábito de fumar (ver respuestas a los

puntos de pericia 1 y 13 de la codemandada Nobleza Picardo SA —fs. 3083 vta. y fs. 3085—).

Cabe acotar que la experta diferenció el concepto "factor de riesgo" a "causa". Así, en base a definiciones de la Organización Mundial de la Salud, definió el primero como cualquier rasgo, característica o exposición de un individuo que aumente su probabilidad de sufrir una enfermedad o lesión. La causa de la enfermedad, en cambio, es cuando se ha determinado el origen de esta, existiendo una relación directa entre el contacto o exposición y el desarrollo de la patología (ver fs. 384 vta.).

Y bien en el caso quedó probado que el hábito de fumar es uno de los factores de riesgo más importantes para la aparición del cáncer de pulmón, no es el único.

De este modo, queda por analizar si en la presente litis existen elementos que permitan descartar, conforme lo explicado con anterioridad, los restantes factores de riesgo para que pueda afirmarse que el tabaquismo fue la causa más probable para el desarrollo del subtipo de cáncer de pulmón padecido por el Sr. V. (adenocarcinoma). Es decir, que el fumador no estaba expuesto a otras causas o factores que puedan haber generado la enfermedad.

Con esta finalidad, en primer lugar, debe resaltarse lo afirmado por la perito Sánchez, en el sentido que "...los factores de riesgo no lo indican todo, presentar uno o incluso varios factores no significa que dicha persona tendrá la enfermedad, algunas personas que desarrollan la enfermedad pueden no tener factores de riesgo conocidos, aun cuando una persona con cáncer de pulmón tiene un factor de riesgo, a menudo es muy difícil saber cuánto pudo haber contribuido ese factor de riesgo al cáncer..." (ver fs. 3085 vta.).

Por otro lado, es importante señalar que existen diferentes tipos de cáncer de pulmón y que el hábito de fumar se relaciona especialmente con el subtipo microcítico o de células pequeñas (es raro que se presente este tipo de cáncer de pulmón en personas no fumadoras), variedad que no presentó el esposo y padre de las actoras (ver fs. 3086 vta.).

En la especie, como precisé, se diagnosticó al Sr. V. un adenocarcinoma, el cual si bien aparece en personas fumadoras o que han fumado, es el tipo más común de cáncer de pulmón en personas que no fuman y representa alrededor del 40% del cáncer de pulmón (ver fs. 3085 vta./3086).

Sumado a ello, la experta pese a que destacó al tabaquismo como uno de los principales factores de riesgo, al mismo tiempo afirmó que "...solo una mino-

ría de la población fumadora desarrollará cáncer por lo que se estima que existe una predisposición genética para presentarla...” (ver fs. 3092).

Lo explicado con anterioridad es relevante en el caso bajo estudio, porque la experta luego afirmó que el 16% de los pacientes con cáncer de pulmón se determina la presencia de una mutación genética (del receptor del factor de crecimiento epidérmico — EGDR—), el cual se presenta en el 81% de los pacientes con adenocarcinoma (ver fs. 3092).

Asimismo, la Dra. Sánchez agregó que al momento del diagnóstico de la patología del Sr. V. no se utilizaban técnicas de inmunohistoquímica específicas que permitieran determinar la presencia de alguna mutación, especialmente de EGFR, que podría indicar la posible etiología genética de la enfermedad.

En otras palabras, si bien puede asociarse la enfermedad al hábito tabáquico del Sr. V., no puede afirmarse que el adenocarcinoma no haya sido producto de un factor genético y sí, exclusivamente, por el hábito de fumar. Más aún se corrobora lo anterior, al analizar las estadísticas antes indicadas. Destaco lo afirmado por la experta al decir que “...estudios actuales demuestran la importancia de las mutaciones genéticas que pueden estar presentes en los diferentes subtipos de cáncer de pulmón sean o no los pacientes fumadores...” (ver fs. 3097).

Con relación a esto último, la perito en forma concluyente afirmó que si bien el tabaquismo es un factor de riesgo para padecer la patología en cuestión, “...sin estudios genéticos de la pieza no se puede afirmar en forma excluyente que la causa de la lesión neoplásica fue solo y por causa directa del hábito de fumar...” (ver fs. 3097 vta.).

En la misma dirección, también señaló que “...No se puede determinar con certeza científica si el haber fumado fue causa o concausa de la patología oncológica presentada, ya que no hay estudios de la pieza tumoral correspondientes a variaciones genéticas (...) que permitan evaluar la acción del tabaco (...) y no solo basarse en estadísticas de población...” (ver fs. 3096 vta.). Es frente a estos datos y a las explicaciones brindadas por la perito que debe analizarse la estadística que determina que “... el 80% de las muertes por cáncer de pulmón en hombres (...) se relaciona con el hábito tabáquico...” (ver fs. 3092). Cabe aclarar que la estadística es referida a los Estados Unidos de Norteamérica, lo que impide su generalización, y que a nivel global el 90% de las personas que fuman no desarrollarán cáncer de pulmón (ver fs. 3086 vta.), lo que indica que la enfermedad se debe a múltiples factores de riesgo.

A mayor abundamiento, diré que el Sr. V. estuvo expuesto a otros posibles factores de riesgo para la aparición de la enfermedad que padeció y que fueron referidos por la perito médico Sánchez, como por ejemplo la exposición a la combustión de diésel o las fibras del asbesto (ver fs. 3086).

Así, del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos (Expte. N° 41.607/1998) surge que el actor trabajó como empleado de Ferrocarriles Argentinos (en un comienzo como peón de limpieza y luego como “fichero de vagones” —ver declaraciones testimoniales de fs. 26/27 y fs. 28/29—), lo que permite presumir con alto grado de convicción que durante sus días laborales estuvo en permanente contacto con combustión de diésel, ya que muchas formaciones usaban ese combustible para funcionar.

Además, se acreditó que el Sr. M. V. tuvo como oficio el de “plomero y gasista” (acta de defunción de fs. 87, fs. 84 y fs. 102, posición número 16 de fs. 1076, constancia de Sistema Registral de AFIP de fs. 1348), por lo que dicha actividad se puede relacionar con una predisposición a desarrollar la patología oncológica por exposición al asbesto.

No desconozco que dicha sustancia se vincula con el desarrollo de mesotelioma (tumor maligno de pleura) y en menor medida con el cáncer de pulmón (ver fs. 3090 vta.), pero no se puede tomar dicha circunstancia como absoluta. Vale recordar lo explicado en un comienzo, en cuanto a que la enfermedad tiene origen por múltiples factores y que el tipo de cáncer que padeció el Sr. V. aparece comúnmente entre la población no fumadora y por factores genéticos.

En otras palabras, luego de analizar concienzudamente ambos informe periciales médicos (el de la prueba anticipada y el de estos obrados) y los demás elementos probatorios, considero que la parte actora no logró colocar al tabaquismo en la condición de causa adecuada de la enfermedad —adenocarcinoma de pulmón— que provocó el fallecimiento del Sr. V.

Es que como se observa existen otros factores que favorecen la aparición del cáncer de pulmón (genéticos o exposición a sustancias tóxicas en el ámbito laboral y ambiental), los cuales no han sido descartados en favor del que pretenden las actoras para configurar un juicio de probabilidad calificada. Resolver en otro sentido, sería hacerlo en base a una mera conjetura por análisis generales de estadísticas, o sea, una “presunción estadística” (Mosset Iturraspe, J., “El daño originado en el consumo de cigarrillos: su prueba”, publicado en Revista de Derecho de Daños, Editorial Rubinza-Culzoni, 1999, cita online: RC D 1162/2012).

En otro orden de ideas, de no compartirse lo explicado con anterioridad, en el caso también se encuentra “quebrado” el nexo causal por culpa del Sr. V.

Veamos.

La cuestión planteada no puede analizarse en el ordenamiento jurídico argentino sin tener muy presentes las particularidades que el mismo muestra: a) Dos leyes nacionales, 19.800 y la 23.344, que tienen que ver con la comercialización del cigarrillo, la primera, y con las restricciones en la publicidad y la leyenda que deben llevar los envases, la segunda; b) el artículo 40 de la ley 24.240, en cuanto establece la responsabilidad por “daño al consumidor”, que resulta del “vicio o riesgo de la cosa” y extiende la legitimación a todos los que han participado de la cadena de comercialización, a partir del fabricante, importador, etcétera., y el artículo 5 de la misma ley; y c) la normativa del Cód. Civil acerca de la responsabilidad por daños.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “...las conductas de los hombres que se dirijan contra sí mismos, escapan a la regulación legislativa...” puesto que “...el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sin ofrecerles libertad para que ellos elijan...” (Fallos: 308:1392).

Bajo tal premisa es que debe analizarse el presente caso. Coincido con autores como Mosset Iturraspe que afirman que “...Nadie puede negar que el fumador entre en el “vicio” y permanece en él por su propia voluntad...” (Mosset Iturraspe, J., ob. cit., cita online: RC D 1162/2012).

La anterior afirmación no significa que no compare plenamente la protección del consumidor como sujeto vulnerable, pero encuentro su límite cuando con conocimiento se opta por hacer algo que puede ser dañoso para la salud.

En el caso bajo análisis la perito Sánchez afirmó que “...los componentes del cigarrillo no producen alteraciones mentales que alteren sus funciones psíquicas mayores y tengan influencia en el discernimiento. La decisión de dejar de fumar es propia e individual de la persona...” (ver fs. 3087). Por otro lado, aseveró que de acuerdo con informes estadísticos disponibles en la actualidad aproximadamente el 90% de los ex fumadores dejaron de fumar sin ningún programa de tratamiento formal o asistencia médica (ver fs. 3088).

Refuerza lo dicho precedentemente, el hecho que no se produjo prueba tendiente a probar de manera cierta que el Sr. V. tenía afectada su voluntad.

En referencia a lo dicho, quisiera recordar el art. 1070 del Cód. Civil —aplicable al caso concreto—, el

cual expresa: “No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que esta fue involuntaria”.

El tema tiene que ver con las causas que obstan al discernimiento: la falta de salud mental o insanidad, la inmadurez por razones de edad en que, implícitamente, confirma la posibilidad de una venta libre de cigarrillos y, a la vez, considerándola perjudicial, carga las consecuencias sobre las espaldas del consumidor informado y la privación accidental del uso de razón. No olvido que el artículo 1070 está limitado por lo previsto en el artículo 921, sin embargo, el fumar no priva del discernimiento (ver en este sentido Mosset Iturraspe, J., ob. cit., cita online: RC D 1162/2012).

Si el tema se decide con el uso de las estadísticas, la solución también es clara. Como precisé, la Dra. Sánchez refirió que el 90% de los ex fumadores han abandonado el consumo de cigarrillos voluntariamente.

Adicionalmente, no comparto el argumento respecto que la información recibida por el Sr. V. a la época en que empezó a fumar era insuficiente, por lo que su voluntad se encontraba viciada, y que recién se vio ello reparado adecuadamente al imponer a las tabacaleras el cumplimiento de la manda del artículo 10 de la ley 26.687 del año 2011.

Estoy convencido de que la ley 23.344 del año 1986 de manera cierta informa que la venta de cigarrillos está autorizada por el Estado y que la única condición es una información directa, clara y precisa, la que se logra con la prescripción legal de colocar la leyenda en los envoltorios: “El fumar es perjudicial para la salud”.

Es tal la información que se tenía en la población en general respecto a las sustancias del cigarrillo que en el sumario de la ley 23.344 se especificó lo siguiente: “Inclusión de una advertencia sobre el contenido de sustancias cancerígenas, incluso en los términos de la presente de todo tipo de propaganda” (ver sitio web de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, base de proyectos entre los años 1983 y 1990).

Estimo inadecuado aplicar retroactivamente estándares jurídicos como el del consumo a épocas pretéritas y, menos aún, justificar ello en el principio de la buena fe (art. 1198 del Cód. Civil), puesto que tal principio debe ser ponderado en el marco del ordenamiento jurídico argentino con otros principios como el de la seguridad jurídica y el de la autonomía de la voluntad. Es que el Estado no puede regular una actividad y luego, tiempo después, por la evolución de la legislación debido al avance del conocimiento,

condenar a sujetos que actuaron cumpliendo la normativa vigente preexistente.

Admitir una responsabilidad del informante, porque el informado no dejó de fumar o bien contrajo una enfermedad, es contradictorio e irracional (Mosset Iturraspe, J., ob. cit., cita online: RC D 1162/2012). Más aún cuando, como se dijo, su discernimiento no estaba afectado.

Además, el conocimiento de que el tabaco era perjudicial para la salud era un hecho notorio. Ya el diario “La Nación” —uno de los diarios de mayor circulación del país— publicaba notas periodísticas respecto a la prohibición en Italia de la propaganda del tabaco —año 1962— (ver fs. 2316), del tabaco como factor de riesgo para la aparición del cáncer —año 1964— (ver fs. 2317), sobre campañas de lucha anti tabáquica —año 1979— (ver fs. 2320). La ley 23.344 no hizo otra cosa que plasmar legislativamente diez años antes de que le diagnosticaran la enfermedad al actor una realidad notoria para la población.

Con relación a lo señalado, existen fallos en el mundo de reciente data que refuerzan la postura descripta. Por ejemplo, el 4 de abril de 2015 el Tribunal de Roma dictó una sentencia absolviendo al fabricante de cigarrillos de cualquier tipo de resarcimiento sobre la base que, desde hace ya varias décadas, es un hecho notorio que el fumar provoca daños a la salud y que, debido a dicha razón, el fumador no puede quejarse con el fabricante de cigarrillos por la enfermedad causada por el consumo de tabaco, es decir, por la materialización de un riesgo al cual se expuso voluntariamente comenzando a fumar y llevando adelante dicha actividad. Destaco que el juez, en los considerandos de dicho fallo, luego de señalar que desde el siglo XIX existen estudios que demuestran la nocividad del fumar, afirma que en Italia ya en los años 70 se promovieron campañas publicitarias sobre los daños provocados por el consumo de tabaco y en la misma época se introdujeron las primeras normas legislativas. De dichas observaciones el Tribunal de Roma dedujo que constituye un hecho notorio que el fumar es perjudicial para la salud y que tal notoriedad tiene larga data (ver Trib. Roma, 4 de abril 2005, en D&G, 2005, n. 17, 65, con nota de De Marzio, Danno da fumo e nesso di causalità: giudici divisi, sentenze contrapposte, comentada en publicación de Lucchini Guastalla, E., “El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana”, Revista Jurídica, Derecho Privado, UCES, Buenos Aires, p. 12).

Debe tenerse en cuenta que la Sra. Q. al absolver posiciones se opuso, sin dar razón alguna en el acto de la audiencia, en los términos del artículo 414 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a la posiciones referentes a que mantuvo conversaciones con su esposo

sobre la leyenda en los envoltorios de cigarrillos “El fumar es perjudicial para la salud” (posición número undécima de fs. 1077) y respecto a qué respuesta le daba el Sr. V. a ella frente a sus recomendaciones para que dejase de fumar (ver fs. 1077 vta.).

Finalmente no puede obviarse que el Sr. M. V. nació en el año 1951 (ver poder de fs. 3) y si comenzó a fumar a los 17 años, aproximadamente lo hizo a fines de la década del 60 o principios de la década del 70, tiempo —de acuerdo con las notas periodísticas antes enumeradas— en el que ya se advertía a la sociedad en general sobre lo perjudicial del tabaco. Es decir que, durante toda su vida como consumidor de cigarrillos, el actor en mayor o menor vida estuvo advertido de esta circunstancia.

En otro orden de ideas, tampoco comparto que la publicidad de la venta de cigarrillos pueda ser considerada abusiva, y agrego “engañosa” o “inductiva”, por lo menos desde la aprobación de la ley 23.344 —diez años antes de que le diagnosticaran la enfermedad—.

La mencionada ley también disponía en su artículo 2 que: “La publicidad de tabacos, cigarrillos u otros productos destinados a fumar se sujetarán a las siguientes limitaciones: a) No se practicará en radio y televisión entre las ocho (8) y las veintidós (22) horas de cada día, salvo la que solo identifique marca y se realice fuera del recinto del medio de difusión respectivo; b) No se practicará en publicaciones dirigidas a menores de edad y tampoco, en salas de espectáculos en que se admita la presencia de menores de dieciocho (18) años de edad; c) No se promocionarán ni distribuirán muestras de estos productos en escuelas, colegios, universidades, establecimientos de enseñanza, ni en espectáculos o actividades en los que el público se constituya preferentemente por menores de edad; d) No se efectuará por figuras del mundo artístico cuyo público se constituya preferentemente por menores de edad; e) No participarán, modelos menores de edad, ni podrán vestirse o maquillarse quienes participen de modo que representen la edad de un menor; f) No podrán mostrarse persona fumando desmesuradamente; g) No podrán emplearse expresiones o vocabulario propios de menores de edad; h) Los procedimientos de tratamiento o producción que disminuyan el contenido nicótico o alquitrán no podrán presentarse como beneficiosos o convenientes para la salud.” De este modo, no puede calificarse de abusiva una publicidad que se integra con el “paquete” o envase de cigarrillos, con las inscripciones obrantes en el mismo, y que allí señala, con toda claridad, que el fumar “es perjudicial para la salud”.

Es por todos los argumentos expuestos precedentemente que considero que la sentencia apelada debe

confirmarse en cuanto rechaza la demanda, con costas a la actora.

Por la votación que instruye el acuerdo que antecede, por mayoría, se resuelve: 1) Confirmar el rechazo de la excepción de prescripción oportunamente deducida, 2) Admitir el rechazo de la acción entablada por M. A. Q. y S. I. V. contra Massalin Particulares SA, 3) Modificar la sentencia apelada, haciendo lugar a la acción promovida por sendas coaccionantes contra British Tabacco SAIC y F., 4) Fijar en concepto de indemnización iure propio para S. I. V. por valor vida y daño moral por las sumas de \$400.000 y \$900.000, y rechazar el planteo resarcitorio por el daño psicológico, 5) Acordar en concepto de indemnización iure hereditatis para

ambas coactoras por incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos de asistencia las sumas de \$800.000 \$700.000 y \$50.000, y desestimar el reclamo por devolución de sumas abonadas para la compra de cigarrillos, 6) Establecer los intereses de acuerdo con lo mencionado en el apartado VII., 7) Imponer las costas del proceso de conformidad a lo considerado en el punto VIII, 8) Diferir la regulación de honorarios para una vez que se cuente con liquidación firme. Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013 y 42/2015) y devuélvase. — *Juan M. Converset*. — *Omar L. Díaz Solimine*. — *Pablo Trípoli* (en disidencia).

La relación de causalidad en una condena contra una tabacalera

Cristian Werlen (*)

Sumario: I. Liminar: el camino previo al fallo comentado.— II. El voto de la mayoría. El régimen jurídico aplicable.— III. La indagación de la legitimación pasiva.— IV. La defensa de la tabacalera al contestar los agravios.— V. La siempre presente discusión sobre la licitud (o no) de la actividad desplegada por la empresa demandada.— VI. Las consideraciones realizadas en el fallo sobre el nexo de causalidad.— VII. Certezas, probabilidades y pericias científicas.— VIII. Antecedentes jurisprudenciales y criterios doctrinarios sobre la temática de esta publicación.— IX. El criterio hermenéutico sobre teoría de la “relación de causalidad adecuada” en el fallo analizado.— X. La interpretación divergente de la minoría.— XI. Corolario.

I. Liminar: el camino previo al fallo comentado

La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó una sentencia en el mes de septiembre de 2019, por la que resolvió (por

mayoría) revocar la decisión de grado y en consecuencia condenar a la empresa tabacalera demandada, por los daños sufridos por la esposa e hija de un fumador fallecido. Las actoras habían promovido una demanda contra Nobleza Piccardo SA y Massalin Particulares SA imputándoles la fabricación de distintas marcas de cigarrillos, cuyo consumo habría causado la muerte de M. I. V., cónyuge y padre de aquellas. En la demanda relacionaron la causa de este deceso, que operó como desenlace de un cáncer de pulmón izquierdo, con una adicción crónica al hábito de fumar. Ello fue así —afirmaron las

(*) Docente universitario. Especialista en Derecho Civil (daños y contratos), Universidad de Salamanca (España) y Posgrado en Derecho de Daños y en Acciones de Clases y Procesos Colectivos (ambos de la UNL, Santa Fe). Máster en Derecho Ambiental y Urbanístico (Universidad de Limoges, Francia) y posgrado de la especialidad en Derecho Ambiental y del Patrimonio Cultural (UNL, Santa Fe).

accionantes— pese al fallido intento de dejar de hacerlo en diversas oportunidades, incluso sometiéndose a tratamientos. No obstante, relataron que el carácter adictivo de la nicotina afectó su capacidad para decidir con libertad sobre el uso del tabaco, lo que terminó por provocar la enfermedad y el posterior fallecimiento del señor V.

En oportunidad de contestar la demanda, las tabacaleras desplegaron su esquema defensivo clásico en estos procesos y que básicamente consiste —más allá de las lógicas particularidades de cada litigio— en sostener lo siguiente: las empresas desarrollan una industria y comercio lícito, cumplen con el deber de informar, la decisión de fumar es personal y no se verifica ningún impedimento para que el individuo deje de hacerlo (no se materializa el presupuesto de la antijuridicidad), como tampoco existe prueba de la relación causal entre ese hábito de fumar y el cáncer de pulmón. Es interesante el argumento por el que, sin dejar de reconocer que el fumar es perjudicial para la salud, se menciona que las características esenciales del cigarrillo son conocidas por el público, que todos los habitantes del país reciben la información de los perjuicios en la instrucción primaria y secundaria, por lo que —si deciden hacerlo— se configuraría un hecho de la propia víctima (existen referencias también a la “asunción del riesgo”). En el caso, además, oponen la defensa de prescripción en los términos del art. 4037 del Cód. Civil.

La sentencia de grado resolvió desestimar la demanda, aunque no por vía de declarar procedente aquella excepción. Tampoco lo hizo porque no estaba probado el vínculo causal entre el hábito de fumar y el cáncer de pulmón, sino que de la lectura del fallo que comentamos, puede deducirse que el argumento central para el rechazo de la pretensión deriva de considerar, a partir del notorio conocimiento que el fumar es perjudicial para la salud, que existió una conducta de la propia víctima que opera como causa del daño que sufre. Las partes interpusieron las vías recursivas contra este decisorio. La demandada, victoriosa en el resultado del proceso, sin embargo, se agravó por el rechazo de la “excepción de prescripción”. En lo medular, la actora cuestionó la desestimación de la demanda en base a que “la publicidad del riesgo no le quitaba las aristas de ilicitud a la actividad desa-

rollada”, sino que ese mismo riesgo era “factor causal” y que a su vez los demandados no habían logrado acreditar la fractura de ese nexo. Los agravios “merecieron la réplica de las contrarias” y luego que se expidiera la Fiscalía de Cámara, las actuaciones quedaron en condiciones de dictarse la sentencia definitiva que será el objeto del presente comentario, aunque limitado al análisis de la relación causal y de algunos otros temas periféricos. Las restantes y no menos interesantes materias que se analizan en el fallo (fractura del nexo causal por la asunción de los riesgos y las partidas de la cuenta indemnizatoria, entre otras) ya han merecido nuestros comentarios en publicaciones anteriores (1).

II. El voto de la mayoría. El régimen jurídico aplicable

La sentencia de la Sala C no constituye un pronunciamiento unánime, sino que contiene dos votos: el de la mayoría (redactado por el Dr. Converset, al que adhiere su colega el Dr. Díaz Solimine) que resuelve revocar el fallo de primera instancia y declarar procedente la demanda, pero también resulta interesante reseñar el criterio utilizado por el magistrado disidente (el Dr. Trípoli). Luego de esta aclaración, destacamos que la resolución en comentario formula un prioritario abordaje en orden a la determinación del régimen normativo al amparo del cual se adoptará la decisión. Sin rodeos, pero con citas de autores nacionales y alguna jurisprudencia extranjera, el fallo comienza afirmando que existe una “relación de consumo” y que a partir de allí deben concurrir sus reglas y principios, que son propios y hasta en algunas hipótesis “derogatorios del derecho privado tradicional”. En las publicaciones que citamos en la nota al pie N° 1, no dudamos en inscribirnos en esta posición, que descarta construcciones inoficiosas en los ámbitos tradicionales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, cuyas fronteras -por lo demás- si no han desaparecido, al menos se encuentran borrosas en el sistema

(1) WERLEN, Cristian O., “Los daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, RCyS, 2010-VIII, 34, LLLitoral, 2010 (mayo), 352 y la Ley on line, ambas de la Editorial Jurídica La Ley; “La eventual responsabilidad de las tabacaleras en nuestro país”, AR DOC/1926/2008; “Una demanda contra las tabacaleras y el Estado Nacional”, LA LEY del 09/11/2015; entre otros.

de derecho privado actual (arts. 1708, ss. y cs. del Cód. Civ. y Com.).

En ese escenario, debía resolverse en primer término la defensa de prescripción opuesta por las tabacaleras y cuyo rechazo impulsó la apelación de estas partes demandadas. Ello, porque como bien se aclara, “la suerte favorable que pueda correr bien podría sellar la improcedencia de la acción ejercida”. El cómputo que realizan las demandadas presenta aristas diferenciales. Nobleza Piccardo SAICYF considera dos mojones temporales: el mes de agosto del año 1995 en el que se manifestó la enfermedad del fumador y la fecha de interposición de la demanda (abril de 1998), operando en consecuencia el transcurso del plazo bianual que preveía el art. 4037 del Cód. Civil. Mientras que la estrategia de Massalin Particulares SA, aun cuando coincide con su litisconsorte respecto del ámbito extracontractual, considera que si el señor V. comenzó a fumar 32 años antes de iniciar la acción y si fuera cierto que existía una “adicción”, debió conocer sus efectos mucho antes de la demanda.

El cálculo del plazo de prescripción que se realiza en el fallo de primera instancia había sido precedido de la individualización del preciso daño cuyas consecuencias se reclaman. En una noción conceptual asociada a la categoría de daño-lesión, el *a quo* precisa que el daño fue “el cáncer de pulmón que afectó al Sr. Valenzi”. En esta cuestión puede considerarse que existe coincidencia, por cuanto esa fecha fue la del diagnóstico de la enfermedad, concretamente el día 11 de octubre de 1995. Este es el punto de partida sobre el que no existe divergencia con la posición de la primera tabacalera citada (Nobleza Piccardo). El disenso se produce con el régimen aplicable, por eso afirmamos que es imprescindible su encuadre anticipado, porque en el caso la solución sería otra si se hubiera aplicado el término que preveía la esfera aquiliana (dos años) en lugar de acudir —como ocurrió— al microsistema de los consumidores con un plazo de tres años (art. 50, ley 24.240). Consecuencia de esta opción jurídica, desde el diagnóstico del cáncer de pulmón hasta la promoción de la demanda, puede válidamente afirmarse que no transcurrió el plazo legal y por eso el *a quo* rechazó la defensa de prescripción.

British American Tobacco SAICYF (anterior Nobleza Piccardo) se agravia por la forma en que el juzgado de primera instancia computó un plazo que —considera— es el de la responsabilidad extracontractual. Sostiene que el término comienza a correr desde que el daño se produjo o desde que se tuvo razonable posibilidad de información, por lo cual, y al conocerse que los efectos del consumo del cigarrillo en la salud del causante comenzaron mucho antes del diagnóstico, no se podía alegar desconocimiento de los posibles perjuicios.

El fallo de segunda instancia confirma la desestimación de la excepción extintiva de la acción, con un recorrido por las numerosas sentencias en casos de “tabacaleras” en las que se analizó esta defensa, pero con anclaje en el citado art. 4037 del Cód. Civil, al considerar al fabricante como un creador del riesgo (art. 1113 del Cód. Civil) y no precisamente como proveedor. También existen citas de doctrina enmarcada en la tesis de la “relación contractual fáctica” o de la conexión negocial. En ese marco, la solución sería diametralmente opuesta si se acude al término decenal que preveía el art. 4023 del Cód. Civil. Pero la sentencia de la Sala que comentamos, al rechazar el recurso de la demandada realiza ese “salto cualitativo”, que además resulta coherente con la opción consumerista elegida al indicar el régimen aplicable. En este orden, se sostiene que debe acudirse a la norma especial para resolver la controversia, que no es otra que la del art. 50 de la Ley de Defensa de los Consumidores, sobre la que se realiza un minucioso análisis de su texto, que recibió distintas modificaciones. Lo esencial es la fijación del punto de partida para el cómputo del plazo de prescripción y frente a la denunciada “anemia legal del estatuto consumeril” al respecto, la Sala se inclina por resolver la controversia atendiendo a “pautas de razonabilidad” (arg. art. 3 del Cód. Civ. y Com.) y en base a un hito que califica de configurante del plazo de prescripción: la “consolidación del daño”.

En la resolución que analizamos se critica el argumento del apelante anidado en la idea de que el término debe correr desde que “la víctima conoció o debió conocer” el daño, sobre la base de una razonable diligencia, porque es una pauta aplicable a supuestos situados “fuera del derecho de consumo”. Con valiosos apor-

tes de doctrina nacional y referencias al derecho comparado, se afirma que “la circunstancia que el consumidor sepa que el fumar es perjudicial para la salud no puede generar la presunción de conocimiento de una patología particular, como es el cáncer”. Con esta enfermedad se “consolidó” el daño, que no debe confundirse con sus “manifestaciones” o síntomas. Aquella noticia del cáncer de pulmón que aquejaba al fumador fallecido, ocurrida el día 11 de octubre de 1995, hizo que se encontrara en condiciones de iniciar su reclamo y marca el inicio del cómputo para el plazo de prescripción. La Sala considera esa fecha y con la interrupción operada por el inicio de una causa sobre prueba anticipada, concluye que no transcurrió el plazo legal de prescripción y consecuentemente la excepción se rechaza, con costas por su orden en mérito a la complejidad del asunto.

III. La indagación de la legitimación pasiva

Al sortearse aquella defensa que se resolvió de modo preliminar, el voto de la mayoría ingresó al estudio de la responsabilidad civil, comenzando por el presupuesto procesal de la legitimación de las demandadas y recordando que la parte actora en el devenir del pleito había desistido de la acción dirigida contra otras firmas y que solo subsistía la promovida contra Nobleza Piccardo SAICYF y Massalin Particulares SA. Esta última, un habitual sujeto procesal en procesos sobre la materia que nos ocupa resultó desligada en este juicio ya que se probó que el señor M. I. V. no fumó cigarrillos de las marcas que fabrica dicha tabacalera, sino que consumía habitualmente los Jockey Club (elaboradas por la primera de las citadas). Esta ausencia de aptitud procesal pasiva resultó “fulminante” para declarar en primera instancia la improcedencia de la acción promovida en su contra. Es interesante en ese análisis que además de considerar la prueba del proceso (en concreto, la testimonial y la absolución de posiciones), los magistrados votantes declaran que infieren la legitimación pasiva teniendo “en cuenta las estadísticas sobre ventas de distintas marcas acercadas por la Cámara de la Industria del Tabaco”, de la que surge que la firma líder del mercado a la fecha en que empezó a fumar Isabella Valenzi era precisamente Jockey Club. Ante las lógicas dificultades probatorias, se resuelve utilizar un criterio que podríamos denominar de “parti-

pación en el mercado”, que resulta un parámetro lógico y práctico de origen norteamericano, al que se acude en casos ambientales (2) o de consumo en los que precisamente no resulta posible individualizar con precisión el producto que produjo el daño y en consecuencia también deviene útil para fijar la relación de causalidad.

Ello, en el siempre especial marco del micro-sistema de los consumidores, donde existe una clara “expansión subjetiva pasiva” que emana del art. 40 de la LDC (incorporada por la ley 24.999 en el año 1998) y determina que pueda construirse un litisconsorcio en el que aparecen diferentes figuras como el fabricante, el titular de la marca, el productor, el importador, el distribuidor, el vendedor y hasta el transportista, en el límite que la norma marca. Con esta premisa, se desarrollan los presupuestos de la responsabilidad que deberán acreditar cada una de las partes, con algunas particularidades verificables en aquel microsistema, pero proponiendo también un “diálogo integrativo” con el propio sistema general de derecho privado, cuyo aporte deviene imprescindible en la valoración de aquellos requisitos de la responsabilidad.

IV. La defensa de la tabacalera al contestar los agravios

El núcleo de la estrategia de la demanda reside en considerar la ausencia de los presupuestos de la obligación indemnizatoria, como habitual esquema que se utiliza en estos casos y que quedó plasmado en la contestación de los agravios expresados por la actora ante el rechazo de la demanda en primera instancia. Insistimos, aluden a que no existe ilicitud (o más precisamente antijuridicidad) en la actividad que desarrollan, que tampoco se probó el vínculo causal y aseveran que el fumador asume el riesgo porque además existe la posibilidad real de abandonar ese hábito. En esa primera aseveración, la proveedora del producto sostiene que no se configura una conducta antijurídica y enumera las leyes que autorizan la actividad que desarrolla, por lo que concluye que no puede surgir obligación de indemnizar ante la presencia de un acto lícito.

(2) CAFFERATA, Néstor, Teoría general de la responsabilidad civil ambiental, en la obra colectiva “Derecho ambiental y daño”, [Ricardo Luis Lorenzetti Director], Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2009, p. 63.

Nos anticipamos a señalar que el eje del decisorio (por la defensa de la demandada y los argumentos vertidos en los dos votos que se desarrollan en el fallo) es la relación de causalidad, sobre la que volveremos *infra* y en este apartado solo destacamos que se produjeron pericias con resultados discrepantes a la hora de dilucidar este presupuesto y que en ese contexto de “incerteza” sobre el vínculo, la demandada sostiene que no puede ser condenada. Dos aspectos interconectados: la relación de causalidad y la prueba científica, sobre la que el fallo expone sólidos criterios de valoración. Por último, el quiebre de ese vínculo operado por la “asunción del riesgo” fue el fundamento central tenido en miras por el anterior sentenciante y cuya aplicación requiere la tabacalera bajo el ropaje del hecho de la propia víctima, en el caso, el fumador.

A continuación, se expondrán algunas consideraciones en orden a los presupuestos de la responsabilidad civil, pero con el foco orientado al análisis de la relación de causalidad y de la prueba pericial. En ese objetivo, se intentará desarrollar una evaluación comparativa de los dos votos en pugna sobre estas específicas materias. Como contrapartida y apremiados por el espacio asignado para este comentario, no se ingresará al análisis de otras temáticas como la eximente desechada por la mayoría y los distintos rubros de la cuenta indemnizatoria que se fijaron en este voto.

V. La siempre presente discusión sobre la licitud (o no) de la actividad desplegada por la empresa demandada

En el orden metodológico propuesto, la decisión de la mayoría respecto del tema de la “antijuridicidad” se inscribe no solo en las modernas estructuras del derecho de daños, sino que apoya sus cimientos en la letra del Código Civil y Comercial vigente en nuestro país. Asimismo, aclaramos que no es este presupuesto el que genera la disidencia del voto minoritario, pero sí es cierto que cuando hablamos de actividades y conductas dañosas, ya ingresamos a las eventuales causas de los efectos disvaliosos que se ordenen indemnizar. Por ello, resulta importante definir si es imprescindible que ese antecedente fáctico sea cotejado con el ordenamiento jurídico para calificarlo de antijurídico. La tabacalera alega que su actividad es lícita, por lo

que no debería existir una condena resarcitoria. Un argumento decimonónico, emanado de pretéritas normas como la del art. 1066 del Cód. Civil de Vélez. Esta disposición fue un claro producto epocal, cuando —por motivos en esencia cronológicos— los contornos del derecho civil y penal no eran precisos. Ello era coherente con una noción de la responsabilidad civil vista desde la óptica del autor de daño, al que solo podía “sancionarse” cuando cometiera una conducta ilícita y culposa. Estos dos presupuestos iban a la vanguardia en aquellos tiempos de la codificación iniciados por el *Code Civil des Français* de 1804.

En este contexto, resulta preciso el calificativo que utiliza la mayoría cuando se refiere a la “nueva” responsabilidad civil, para denunciar que “funciona de otra manera”, diversa a la operatoria que propone la demandada. En dicho escenario se alude a la tan mentada “crisis de la ilicitud”, de la antijuridicidad contemplada a la luz de los criterios clásicos. Cuando se vive un estado de estas características, en cualquier rama de la ciencia, las instituciones establecidas y las evidencias se encuentran súbitamente cuestionadas, pero lo esencial —como nos enseña Robert Castel, citando a Claus Off— es que “finalmente *el porvenir está abierto*” (3), que son las palabras con las que se podrían caracterizar los tiempos venideros. Por ello, sin dejar de reconocer que una revisión con esos alcances presentaría dificultades fundamentales, la doctrina no perdió sus esperanzas y su aporte fue vital, al esforzarse durante décadas para flexibilizar aquella norma del código velezano, que imponía como presupuesto de la obligación indemnizatoria a la consagración de una prohibición expresa emanada de las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía. Se la puso en jaque porque de lo que se trataba no era de aplicar una pena o sanción, sino de resarcir un daño causado, incluso cuando no existiera una disposición de la ley que lo ordenara.

El cursor se fue desplazando y recordemos que comenzó a aceptarse tibiamente una antijuridicidad material, amplia, cuando la contradicción se verificaba entre la conducta y el

(3) CASTEL, Robert, *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2012, p. 17.

ordenamiento jurídico en su totalidad, visión superadora de la ley como única fuente cuya transgresión habilitaba el resarcimiento. Y en ese tránsito de posturas, también aparecen nuevas concepciones subyacentes, que ya no atendían a que el daño fuera antijurídicamente causado, sino que se privilegiaba la injusticia del perjuicio. Así, nuevos paradigmas solidaristas y protectores de las víctimas llevaron al caso de la conducta antijurídica y mutaron este elemento normativo por uno axiológico, brindando prevalencia como requisito del resarcimiento a que el daño sea injustamente sufrido, antes que ilícitamente provocado.

En esta breve reseña de la evolución, podríamos llegar a reconocer la crisis de este presupuesto, como un cuestionamiento —al menos— de esa visión clásica y fundamentalmente desde el reconocimiento de supuestos de responsabilidad por actividad lícita, especialmente en la órbita estatal. Por ello, se sostiene que la antijuridicidad ya no puede considerarse un requisito indispensable del resarcimiento, postura que no se limita a los autores nacionales (4), sino que se planteó en las enseñanzas de la más célebre dogmática española, que nos recuerda los casos en los que se asumió que la responsabilidad civil puede surgir de hechos considerados en sí mismos como lícitos, porque “el problema no estriba en la calificación de la actividad inicial de la que el daño puede ser el resultado, respecto de la cual el calificativo de ilicitud no añade nada... Por ello, la idea de ilicitud que a veces se utiliza más parece predicarse de los daños en sí mismos considerados” (5).

Asimismo, en el orden local se consideró que el presupuesto estaba acreditado ante la transgresión del deber general de no dañar, emanado del art. 19 de la Constitución Argentina, conforme los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en algunas célebres sentencias que —incluso— se citan en el fallo que comentamos (cfr. CSJN, “Santa Coloma”, Fallos 308:1160; “Gunther”, Fallos 308:1118; “Luján”, Fallos 308:1109 y “Peón”, 17/03/1998, entre

otras). El aporte de esta jurisprudencia, unido al denodado esfuerzo doctrinario, dio sus frutos. Recordemos aquí que en el Proyecto de Código del año 1998 se decidió directamente suprimir a la “antijuridicidad” como presupuesto de la responsabilidad civil, como surge de los “Fundamentos” (punto 262) de aquella valiosa propuesta regulatoria que tuvo real influencia sobre el actual Código Civil y Comercial. Precisamente, resulta interesante detenerse en esta normativa de fondo actualmente vigente, porque fija un principio general coherente con la evolución desarrollada: “el daño es antijurídico si no está justificado” (art. 1717 del Cód. Civ. y Com.).

La disposición aparece citada en el voto de la mayoría en el que se describen sus alcances y es contundente al prescribir que todo daño —por regla— es antijurídico y solo excepcionalmente podría soslayarse ese valioso adjetivo cuando concurren algunas de las causales de justificación que enuncia la norma que sigue a continuación (art. 1718 del Cód. Civ. y Com.). No es que la antijuridicidad ha desaparecido del sistema, ya que el primer artículo citado en este párrafo la menciona en modo explícito, pero quedó desplazada a un segundo plano y hasta parecería que el nuevo Código la considera presente en toda conducta dañosa cuando no se acredite una causal de justificación. Con razón afirma el fallo que “es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté justificado” y ni siquiera la autorización administrativa funcionará como un eximente (art. 1757 del Cód. Civ. y Com.).

La reforma de la legislación sustantiva realizó un importante aporte a la controversia suscitada, no solo por la derogación de una norma que requería para el resarcimiento la comprobación de una transgresión formal (aquel viejo art. 1066 del Cód. Civil), sino porque el funcionamiento será ahora diferente, a partir de ese principio que impone al potencial responsable la carga de la prueba de algunas de las hipótesis taxativamente mencionadas por el propio Código (art. 1718). De ello se deriva, que, comprobado un daño causado por un producto, la empresa no podrá invocar como defensa que fue el resultado del desarrollo de una “industria lícita”, tampoco que cuenta con autorización administrativa para funcionar, sino que deberá acreditar que ese perjuicio se encuentra justificado por

(4) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. IV, p. 317.

(5) DIEZ-PICAZO, Luis, Derecho de daños, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 290.

alguna de las causales previstas, para así borrar la ilicitud ínsita en todo daño. Claro está que existe la posibilidad que no se configuren algunos de los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, pero ahí ya no será un tema que navegue en las aguas de la antijuridicidad, sino de los restantes requisitos que desarrollaremos en los apartados que siguen.

VI. Las consideraciones realizadas en el fallo sobre el nexo de causalidad

Luego de sortear el análisis precedente, la Sala ingresa de lleno al presupuesto medular para disminuir la controversia, ya sea desde lo funcional como de las alternativas para provocar su ruptura por la operatoria de las eximentes. Lo describe como la relación material (de tipo física y objetiva) que se configura entre el antecedente (hábito de fumar) y el consecuente (cáncer de pulmón), porque —aclara— al derecho le interesa saber si un “daño es efecto” de un específico hecho anterior. Acepta que pueden existir varias posibilidades para determinar la causa, frente a lo que “hay que estar a la más probable”, individualización que se encuentra “íntimamente vinculada con aspectos científicos y técnicos”, por lo que se hace necesario evaluar de modo principal las pericias médicas, sin por ello soslayar el restante acervo probatorio.

A la complejidad natural de la materia que nos convoca, se une la circunstancia que en este proceso se produjeron dos pericias médicas (la oncológica y la legista) que habrían (según se deduce del voto de la mayoría, ya que no tuvimos acceso a ellas) arrojado resultados divergentes. Este no es un fenómeno inusual en conflictos en los que se tejen complejos vínculos entre el derecho y las ciencias, en los cuales los jueces debemos decidir sobre materias que involucran saberes específicos y que por ello requieren el auxilio de expertos. El problema es que estas ciencias ya no ofrecen las certezas de la modernidad, se presentan en un estado de heterogeneidad por la convivencia de diferentes sectores internos que, con sus estudios y fundamentos, sostienen posiciones distintas sobre una misma materia. Pareciera que deberíamos asumir que las disciplinas científicas se encuentran en la instancia parlamentaria de la que nos habla Bruno Latour, quien propone mantener la creencia en las ciencias, “pero en vez de to-

marlas en su objetividad, su verdad, su frialdad (cualidades que jamás tuvieron sino por la recuperación arbitraria de la epistemología) las tomamos en lo que siempre tuvieron de más interesante: su audacia, su experimentación, su incertidumbre” (6).

El reconocimiento del presente estado de las cosas no soslaya la dificultad que se le presenta al juez cuando debe decidir sobre la relación causal entre el consumo de cigarrillos y el resultado dañoso, pero se encuentra con opiniones expertas que parecería lo conducen a soluciones opuestas. En efecto, el dictamen del oncólogo (que según lo advierte el voto disidente se habría producido en instancia previa al proceso principal y sin el pleno control de parte) apoyado en diversa bibliografía concluyó afirmando que en la actualidad se considera que el tipo histológico (“adenocarcinoma de pulmón”) que presentaba I. V. tiene “como factor causal el hábito de fumar cigarrillos” por una doble acción directa e indirecta que desarrolla en su explicación. Como contrapartida, la médica legista afirmó que la evaluación global del paciente y los estudios complementarios de diagnóstico, no permitían establecer el tipo histológico, por lo que tampoco existe un criterio científico que habilite “diferenciar un cáncer de pulmón supuestamente causado por el fumar de otro que pueda haber sido por otros factores de riesgo”, ya que si bien coincide en que “el adenocarcinoma es el tipo de alrededor del 40% de los cánceres de pulmón, que ocurre principalmente en personas que fuman o han fumado, pero también es el tipo más común de cáncer de pulmón observado en personas que no fuman”. Este es el gran inconveniente que tiene el caso, como lo reconocen los magistrados opinantes, porque este dictamen deja abierto el nexo causal, no solo porque no aporta certeza sobre el tipo histológico que presentaba el paciente analizado, sino porque esa patología se observa en enfermos que fuman, pero también en otros que no lo hicieron nunca.

Para resolver esta encrucijada, la mayoría de la Sala C deja provisoriamente de lado las pericias y acude a la dogmática que analizó con profundidad el vínculo causal, para de este modo

(6) LATOUR, Bruno, *Nunca fuimos modernos*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 207.

valorar con posterioridad esas mismas conclusiones periciales, pero haciéndolo ya desde las teorías construidas alrededor de este presupuesto que resulta dirimente para el resultado de estos procesos. De este modo, se vuelve a distinguir los conceptos de “certeza” y “probabilidad”, ubicando dentro de esta última categoría a la tesis de la relación de causalidad adecuada, que es la vigente en la tradición jurídica nacional. Frente a la reconocida “indefinición” de la real causa médica del cáncer que padeció el señor I. V., se anticipan algunos estándares que se consideran aplicables a este ámbito (presunciones de causalidad y morigeración de la prueba de la relación causal en materia de productos elaborados) y además se realiza un análisis (ahora sí, extramuros de la ciencia jurídica) sobre el fenómeno del tabaquismo. En esta faena se expone información que encuentra su fuente en la Organización Mundial de la Salud sobre los factores de riesgo en la estricta problemática del cáncer del pulmón, descartándose algunos (los genéticos, ya que la historia clínica del fallecido no tiene referencias de antecedentes de esa dolencia) para centrarse en otros datos: existen cuarenta componentes con riesgo carcinogénico en el humo del cigarrillo, por lo que dentro de aquellos varios factores de riesgo, el tabaquismo es el más importante. La resolución confronta datos estadísticos: el 90% de las personas que fuman no desarrollan cáncer de pulmón, pero el 80% de las muertes por cáncer de pulmón en hombres se relaciona con el hábito tabáquico, para luego ingresar a los datos del caso concreto (edad de iniciación, número de cigarrillos fumados por día y duración del hábito) y concluir en definitiva que el consumo de este producto puede ser vinculado con el cáncer de pulmón de I. V. sobre la base de un serio y razonable criterio de probabilidad científica, aunque no exista certeza absoluta.

VII. Certezas, probabilidades y pericias científicas

Comenzaremos por este final, por algunas precisiones conceptuales que nos parecen pertinentes y son las referidas a estos términos volcados en la sentencia. Para ello, utilizaremos como base una obra del profesor italiano Michelle Taruffo, en la que aborda la problemática de la verdad en el proceso y precisamente la distingue de la certeza, a la que define

como un estado subjetivo en el que existe un grado elevado de convencimiento (7) y al que se arriba luego de recorrer diferentes grados que comienzan con la incertidumbre total (o falta total de certeza) y llegan hasta la denominada “certeza absoluta” (o falta de incertidumbre), que precisamente es el estadio que la mayoría del Tribunal reconoce no pudo alcanzar. Aun así, la Cámara condena el pago de una indemnización, porque utiliza un criterio de “probabilidad”, que se verifica cuando existen “razones válidas para juzgar como verdadero o falso un enunciado”. Si trasladamos esta noción a las arenas del litigio, puede afirmarse que la probabilidad refiere “al grado de confirmación que las pruebas pueden proporcionar a los enunciados de hecho que constituyen la base de la decisión” (8). Por ello, la controvertida relación de causalidad se consideró de probable configuración porque la información disponible que resulta de la prueba producida permitió alcanzar (a criterio de la mayoría) ese grado cierto de confirmación.

Ahora bien, entre los elementos cognoscibles y disponibles para resolver el caso se destacan las conclusiones emanadas de la prueba pericial. No obstante, y como lo adelantábamos, los expertos designados arribaron a diferentes resultados, que según los que sigan los jueces podrían llegar —al extremo— de sellar un resultado diferente del litigio, como incluso se vislumbra de la lectura de los dos votos de este proceso que nos ocupa. Por este motivo es que no puede minimizarse la importancia de esta prueba en esta clase de litigios, aun cuando se insista en que las conclusiones de la experticia no resultan vinculantes. Pero lo cierto es que en la práctica “el dictamen referido a cuestiones técnicas no puede enervarse por

(7) TARUFFO, Michelle, *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 102; asimismo, también puede consultarse a CUELLO IRIARTE, G., *La sana crítica*. Sistema de valoración de la prueba judicial, Ediciones Quijósán, Bogotá, 2007, p. 86.

(8) TARUFFO, Michelle, *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 108; Del mismo autor, *La prova dei fatti giuridici*. Nozioni generali, Giuffrè, Milano, 1992, p. 199; FERRER BELTRÁN, J., *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 120.

medio de otra prueba que no ofrezca las mismas garantías de idoneidad de imparcialidad que otorga la opinión de los peritos” (9); por lo que cuando ese “peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel” (10). Estas conclusiones no permiten sostener la inaceptable sustitución de los jueces por los expertos en la decisión del caso, pero sí la incontrastable realidad de la vital importancia de la pericia en los denominados casos difíciles.

En este razonamiento, puede resultar interesante recordar que la prueba científica en el sistema del *civil law* presenta marcadas diferencias con el modelo estadounidense en el que los expertos son elegidos y retribuidos por las partes, pero tampoco en nuestra praxis “la calidad científica de los conocimientos que el juez adquiere queda asegurada siempre automáticamente. En efecto, puede ocurrir que el perito nombrado por el juez no sea efectivamente imparcial, o bien que carezca de una preparación técnica científica suficiente para dar adecuada respuesta a las preguntas que se le formulen” (11). Este es el principal escollo que debe sortear el sentenciante en procesos complejos como el que nos ocupa en este comentario, porque si bien —insistimos— en la mayoría de los sistemas no está obligado a aceptar las conclusiones de los peritos, la paradoja se produce porque para una valoración crítica de la opinión del experto debe recurrir a conocimientos que de ordinario carece y precisamente por este déficit epistémico es que se acude a especialistas. El juez no se puede transformar en un perito, no puede elaborar un contra dictamen sobre disciplinas ajenas a su saber, pero debe controlar la validez científica del procedimiento que este aplicó y los resulta-

dos alcanzados. Esta situación permite visibilizar el persistente problema de los sistemas de selección de los peritos como también la modalidad de incorporación de los conocimientos científicos al proceso, cuyo análisis excede —sin dudas, por su magnitud— la extensión de este trabajo.

Pero al volver a la lectura del caso, nos encontramos que el voto que prevaleció reconoció estas dificultades derivadas de experticias antagónicas, una que permite trazar el nexo causal entre el hábito de fumar y la tipología cancerígena del fallecido familiar de las actoras (el dictamen oncológico) y otra que no solo que no identifica ese tipo histológico, sino que además sostiene que no existen fundamentos científicos para diferenciar el cáncer causado por el consumo de cigarrillos de aquel que puede reconocer una etiología diferente (la pericia médica legista). En esta instancia cabe una pregunta: ¿qué fue lo que inclinó a dos magistrados a optar por la primera opción? Más allá de la especialidad del oncólogo, se observa que acuden a informes de organismos internacionales y los cotejan con la situación particular del fumador fallecido. Valoran las estadísticas y aunque admiten no tener certeza (lo que resulta razonable, a la luz de la definición expuesta), alegan que sí alcanzaron un suficiente grado de probabilidad para tener por acreditado el nexo causal, que es el tema que analizaremos a continuación.

VIII. Antecedentes jurisprudenciales y criterios doctrinarios sobre la temática de esta publicación

Como lo denunciamos al iniciar este artículo, el rechazo a la configuración de una relación de causalidad entre el hábito de fumar y la enfermedad constituye una defensa típica utilizada por las tabacaleras en las demandadas que las tienen como sujeto pasivo de la acción resarcitoria. Al respecto, existe un precedente judicial similar al caso que nos ocupa en el que la accionada negó ese vínculo entre el tabaquismo del paciente fallecido y el cáncer que originó su muerte y la demanda fue rechazada en primera instancia, precisamente porque el juez consideró que no se probó ese nexo causal. A su turno, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó dicho fallo ya que, según consta en

(9) ARAZI, Roland, La prueba en el proceso civil, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1986, p. 289.

(10) PALACIO, Lino Enrique - ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, T. VIII, p. 541.

(11) TARUFFO, Michelle, Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 108.

sus considerandos, se probó que el cáncer que sufrió el paciente era una coriocarcinoma, variedad muy maligna de tumor testicular, tumor germinal extragonadal con metástasis pulmonares y hepáticas múltiples (12). Es decir, hubo metástasis en el pulmón, pero el cáncer no tenía su origen en ese órgano. El caso cuenta con un brillante comentario de la doctora Noemí Nicolau, que no solo nos permite reflexionar acerca de los presupuestos de la obligación de resarcir y en especial sobre uno de ellos, quizás el más complicado, como es el nexo de causalidad (13), sino también porque plantea otras cuestiones relativas a la responsabilidad que podría imputarse a las productoras de cigarrillos a raíz del hábito tabáquico de una parte de la población.

El derecho latinoamericano también registra un interesante caso resuelto por la Cámara Civil del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (14). En el fallo dictado en este proceso el día 23 de marzo del año 1999, se revocó el pronunciamiento de primera instancia que declaró procedente una demanda interpuesta contra la tabacalera Souza Cruz SA. Para así resolverlo, se consideró que no estaba acreditado que el tabaquismo fuera la causa de la muerte, sino que ella habría ocurrido por un infarto agudo de miocardio, señalándose como antecedente a ponderar la hipertensión del fallecido. En mérito a lo expuesto, el Tribunal de Justicia consideró que no se había probado nexo de causalidad y rechazó la pretensión de los actores.

En el caso que nos ocupa, la solución de segunda instancia fue diferente (al menos desde el voto de la mayoría) y ello porque (a diferencia de lo que ocurrió en los precedentes citados), se resolvió tener por acreditada la relación de causalidad. El análisis de este presupuesto es una de las cuestiones más arduas

en el campo del derecho, al punto que Ripert no vaciló en considerarla indisoluble, como nos recuerda el profesor Goldemberg en una obra maestra sobre este tema (15). No escapa a nuestro conocimiento que su estudio desborda la disciplina jurídica, para erigirse en un debate epistemológico que se extiende en las distintas esferas del saber e involucra a científicos y filósofos de diversas culturas. Pero nos parece que se puede intentar una aproximación conceptual y en esta tarea podemos afirmar que el nexo causal puede entenderse como un enlace material entre un antecedente fáctico -que opera como causa- y el daño que es el resultado disvalioso. El hecho fuente y el *factum* consecuencia pertenecen al mundo físico, pero es imprescindible su abordaje jurídico, por eso cuando esa conexión material externa es analizada por nuestra ciencia, se alude a la relación de causalidad.

Uno de los aspectos de esta problemática es la relevancia que el derecho asignará a los diferentes antecedentes del mundo natural, que constituyen el punto de partida de cadenas de eslabones de existencia física, cuyo último estadio serán resultados ontológicos, empíricamente verificables, pero que no serán necesariamente efectos con trascendencia jurídica. La otra cuestión es recordar las funciones que tiene este presupuesto cuando es sometido al tamiz del ordenamiento jurídico, cuáles son las de indagar la “autoría” como instancia previa a la individualización del sujeto responsable y posteriormente “calibrar la extensión del resarcimiento”, es decir, delimitar “si el daño debe ser resarcido y con qué alcance corresponde determinarlo” (16).

En la sentencia que analizamos, la divergencia se produjo respecto de la primera función, la que permite fijar el origen de un determinado efecto para así individualizar al responsable, que no será otro que el que aportó esa causa. Pero el tema no es tan simple, porque para que el derecho se ocupe de establecer

(12) CFed. de Córdoba, Sala A, 12/09/2006, “García de Bevilacqua, Mónica c. Massalin Particulares SA”. Cita Online: AR/JUR/5507/2006.

(13) NICOLAU, Noemí L., “La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador”, LLC, 2007 (abril), 258; RCyS, 2007-522.

(14) Trib. de Justicia de Río de Janeiro. Autos de Apelación Civil N.º 58/98, RCyS, 1999-1318. Cita Online: AR/JUR/326/1999.

(15) GOLDEMBERG, Isidoro H., “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. XIII.

(16) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños, “Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 4, p. 251.

-con fundamentos- cuál es la causa jurídica de un resultado particular, debieron construirse numerosas teorías que intentan explicar la operatoria y sobre la que formularemos una breve referencia al comentar el voto disidente, que es el que desarrolla con mayor amplitud esta cuestión. Aquí solo mencionaremos que fue la de la *causalidad adecuada*, ratificada expresamente por nuestro Código Civil y Comercial (art. 1726), en concordancia con su antecedente normativo (art. 906 del Cód. Civil), la que logró mayor predicamento. Su aplicación impone al juez el análisis retrospectivo del ‘iter causal’, para descubrir la condición que puede elevarse a la categoría de causa adecuada y como contrapartida descartar aquellas periféricas que no revisten esa idoneidad.

IX. El criterio hermenéutico sobre teoría de la “relación de causalidad adecuada” en el fallo analizado

La tesis expuesta es la dominante, no solo en nuestra normativa de fondo, sino también en los sistemas del derecho comparado, y por lo demás, cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina nacional y extranjera. Funciona desde un criterio de ‘regularidad’ y sostiene que no todas las condiciones concurrentes en la producción de un hecho pueden equipararse, sino que debe distinguirse entre la “causa” y la “mera condición”, encolumnándose dentro de las tesis individualizadoras. Así, según esta postura, “causa” es solamente aquella condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado y más aún, debe tratarse de una condición que regularmente provoque dichas consecuencias y que por eso se eleva a la categoría de ‘causa adecuada’. No soslayamos que este sintagma puede resultar objetado por tautológico, ya que en el razonamiento expuesto toda causa —a diferencia de la condición— es adecuada. Esta ‘adecuación’ implica idoneidad de la causa con el resultado verificado, regularidad, en el sentido de lo que habitualmente acostumbra a suceder. Compartimos por ello las ideas del profesor Brebbia que, aun cuando estuvieran expuestas para el modelo anterior, resultan aplicables al sistema vigente y concluyen que “lo que califica el nexo

de causalidad adecuado es la normalidad del proceso que conduce del hecho a la consecuencia” (17).

La doctrina alude así a la “prognosis póstuma”, a “la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acontece según lo indica la experiencia diaria” (18). Esa frecuencia, que será la conclusión de un juicio retrospectivo de probabilidad realizado después que ocurrió el daño, es determinante para calificar a una causa de adecuada. A su vez, nos permite anticiparnos a la dificultad que enfrenta esta teoría para su aplicación a los casos como los que analizamos, en los que se observa que pueden concurrir diferentes factores con entidad para desencadenar un cáncer de pulmón, del que derive —a su vez— una muerte. Por ello, lo que se observa en el voto de la mayoría es que partiendo del reconocimiento de esta pluralidad de factores de riesgo con entidad para convertirse en causa (mencionamos aquí al cigarrillo, pero también otros como los antecedentes genéticos) y sobre la base de las características particulares del fumador, se valoró que el hábito de fumar era el que contaba con “mayor probabilidad” de erigirse en la causa del daño. No se trata entonces de la regularidad o idoneidad como categorías naturales de la tesis de la causalidad adecuada, porque todos los factores de riesgo que se mencionaron tienen esa aptitud para provocar la enfermedad letal que padeció Miguel Isabella Valenzi, sino de la mayor prevalencia de uno de ellos (en el caso, el hábito de fumar) sobre los otros, resuelta a partir de la convicción que proviene de la información disponible que tuvo a su alcance el Tribunal. La pericia oncológica permitía trazar ese vínculo, no así la médica legista, pero el voto de la mayoría se refugió en su cotejo con datos empíricos de este particular fumador, para así tener como probable que la causa de la muerte puede encontrarse en los cigarrillos que consumió a lo largo de su vida.

(17) BREBBIA, Roberto, La relación de causalidad en derecho civil, n° 31, nota 94, Juris, Rosario, 1973.

(18) GOLDEMBERG, Isidoro H., “La relación...”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 23.

X. La interpretación divergente de la minoría

El magistrado disidente elaboró un sólido voto que propone confirmar la desestimación de la demanda resuelta en la primera instancia, en el que se destaca un profundo desarrollo dogmático de la materia sobre la que versa este comentario. La coincidencia con los preopinantes se verifica no solo por el rechazo de la defensa de prescripción, sino también sobre las cuestiones fácticas esenciales de la causa, entre las que menciona el hábito de fumar que tenía el señor I. V., la causa de su muerte (un adenocarcinoma) y que el diagnóstico fue un cáncer de pulmón primario, descartando la metástasis que se configuró en otros casos jurisprudenciales que mencionamos en los apartados anteriores. Enumera también los presupuestos clásicos y cuando llega a la “causalidad”, distingue tres conceptos: “causa”, “condición” y “ocasión” de un efecto. Descarta que exista responsabilidad en base a las dos últimas, con apoyo en la doctrina cordobesa que citamos y referencias a las normas de la legislación sustancial, que permiten inscribir a nuestro sistema en la tesis de la relación de causalidad adecuada. En este punto, no existen mayores controversias en la doctrina, ya que si bien subsisten algunas tesis que pueden clasificarse de *generalizadoras* (entre ellas, la de la equivalencia de las condiciones), prevalecen otras que son *individualizadoras*, según las cuales la ‘causa’ ya no es “la suma de todas las condiciones necesarias del resultado o alguna de ellas, sino que solo una determinada poseerá esa aptitud genética” (19). Entre estas últimas, se observa un amplio espectro de investigaciones y posturas (a modo de ejemplo, podemos citar las de la causa próxima, la causa eficiente y preponderante, entre otras) que básicamente intentaron desentrañar cuál es la condición relevante que puede elevarse a la categoría de causa, para así atribuir jurídicamente las consecuencias derivadas. Pero lo cierto es que, como lo sostiene el magistrado disidente, no puede identificarse la causa adecuada con las otras categorías mencionadas (la condición y la ocasión).

(19) Idem nota anterior, p. 19.

Ahora bien, el voto asimismo expresa que “causalidad, en esencia, es probabilidad”. En esta definición también se produce un cierto acuerdo con el criterio de la mayoría, conforme lo expusimos *ut supra*. La elección de la causa como aquella que tiene un “mayor coeficiente de incidencia” exige realizar un “cálculo de probabilidad” en el marco de la causalidad jurídica (que diferencia de la científica, aunque —como lo señalamos— estos ámbitos no se encuentran desconectados) y a esto se apuntó cuando se señaló que el hábito de fumar era el que había alcanzado —en la posición que prevaleció— ese grado de convicción como causa de la enfermedad que provocó la muerte, aunque sin llegar a la certeza.

Es este punto en el que se produce la gran divergencia del fallo. En la disidencia se reconoce que existe una pericia que asoció en forma tajante el diagnóstico de adenocarcinoma de pulmón al hábito de fumar cigarrillos, pero no le asigna el poder convictivo que la parte actora pretende, sino un carácter indiciario al producirse como una prueba anticipada que la contraparte no tuvo la posibilidad de controlar. Como contrapartida, le otorga mayor valor a la otra pericia médica, es decir, la que sostuvo que el cáncer de pulmón es una enfermedad asociada a múltiples “factores de riesgo”, definiendo y diferenciando a estos de la causa de la enfermedad. Transcribe las conclusiones de la experta para sostener que “el hábito de fumar es uno de los factores de riesgo”, pero “no es el único” y tampoco en el caso pueden descartarse los otros. Nos recuerda para ello que un adenocarcinoma es el tipo más común de cáncer de pulmón “en personas que no fuman” y que solo una minoría de la población que consume cigarrillos desarrollará esa dolencia. Es decir que, a partir de los datos estadísticos ya expuestos, habilita una doble vía de escape para considerar que no se probó que ese factor de riesgo resulte la causa probable de la enfermedad del familiar de los actores. Para ello, tampoco descarta un “factor genético”, ya que sostiene que no se realizaron los estudios específicos, tampoco análisis de piezas tumorales que hubieran permitido arribar a la conclusión certera que el hábito de fumar fue la “causa o concausa” de la patología oncológica presentada.

Por todo lo expuesto, concluye que “no se logró colocar al tabaquismo en la condición de causa adecuada de la enfermedad —adenocarcinoma de pulmón— que provocó el fallecimiento del Sr. Valenzi”, sino que existen otros factores de riesgo que enumera (además del ya citado componente genético, enuncia la exposición a sustancias tóxicas) que pueden favorecer la aparición del cáncer y que no han sido descartados y al no construirse un juicio de probabilidad calificado, la condena se basaría en meras conjeturas derivadas de análisis generales de estadísticas. En modo alternativo de no considerarse este argumento, plantea el de la fractura del nexo causal por la culpa del propio fumador, temática que —como lo apuntamos— no analizaremos en estas líneas.

XI. Corolario

La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por el consumo de cigarrillos es una parcela que tiene sus particulares, como todos los ámbitos especiales del derecho de daños. Algunos de los debates que se suscitan en su seno pareciera que deberían cerrarse (la posibilidad de una condena frente a una actividad lícita como la que desarrollan las tabacaleras) y en otros se observan criterios que se consolidan de manera progresiva en la jurisprudencia (la solución del caso al amparo del régimen de tutela de los consumidores y el cómputo del plazo de prescripción). En específicos temas se vislumbran encendidos debates que se pueden suscitar, como los derivados de la incidencia de la información y la publicidad, o las particularidades características que tienen los detrimentos cuyos resarcimientos se solicitan. El análisis de este último tema, deberá ir precedido de una toma de posiciones en orden al concepto de daño resarcible, ya que las categorías daño-lesión y daño-consecuencia encuentran en este terreno un campo fértil para su debate; no es lo mismo reclamar la indemnización por la adquisición del hábito de fumar (recordamos aquí la “adicción” que se describió en el caso “Lespada” fallado por un Juzgado de Mar del Plata), de aquel otro conflicto que se puede suscitar —como en el caso que analizamos— por la enfermedad o la muerte de un fumador. En efecto, como en tantos otros casos, pueden concurrir resultados disvaliosos patrimoniales y personales, que deberán analizarse al ampa-

ro del principio de la reparación integral vigente (art. 1740 del Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, como lo denunciamos, uno de los temas que adquiere mayor complejidad en este ámbito es el de la prueba de la relación de causalidad entre el hábito de fumar y el daño cuya reparación se peticiona. No solo porque exige un análisis dogmático de ese presupuesto esencial de la responsabilidad civil, sino por las notorias dificultades probatorias que florecen en la práctica. El procedimiento de análisis es el que se observa en los votos que desarrollamos e impone relacionar aquellos criterios elaborados por la doctrina autoral y que quedaron plasmados en las normas de nuestra legislación sustantiva, con las particularidades del caso. Despliega una vez más el debate de las difíciles relaciones entre el derecho y las otras ciencias (las médicas, en el caso) cuando la valoración de una pericia resulta dirimente para el resultado del pleito. Podrá observarse que en la sentencia que comentamos no se vislumbran divergencias teóricas esenciales entre las posiciones de la mayoría y la minoría. Cada voto tiene sus lógicos matices, pero puede advertirse -a modo de ejemplo- la coincidencia en la referencia al criterio de la probabilidad, como pauta para la configuración del vínculo de causalidad adecuado. A nuestro entender, la diferencia no estuvo en estos aspectos dogmáticos, sino que radica en la valoración de las pericias, en el criterio que siguieron los magistrados para darle prevalencia a una sobre otra, además de la importancia que le asignaron en cada caso a las estadísticas.

Con todo ello, la enseñanza que nos dejan sentencias como la que analizamos, en la que los jueces realizaron una encomiable labor de análisis y valoración de una prueba compleja, para resolver casos en los que un aspecto científico puede cambiar el resultado del pleito, es que no pueden proponerse soluciones generales para estos casos. Los operadores jurídicos deberíamos reconocer que no resulta posible arribar a una conclusión definitiva que nos lleve a afirmar que las tabacaleras son (o no) responsables por los daños que sufren los fumadores, cuando en la trama del nexo causal inciden diferentes factores de riesgo o aspectos científicos como la presencia de una metástasis o la naturaleza primaria del tipo oncológico.

Sin dudas, habrá que ponderar (como lo hicieron los jueces que fallaron con sus diferentes pareceres) las características de cada conflicto y cotejarlas con la prueba producida. Ello nos recuerda lo particularmente complejas y mudables que “son las soluciones que el derecho exige a los juristas y jueces; cada caso de justicia es irrepetible y único y debe contarse con circunstancias distintas y posibilidades de solución diversas. Pretender la misma solución para dos controversias, aunque sea entre las

mismas partes y sobre el mismo objeto, puede resultar un absurdo jurídico por la sola presencia de una nueva circunstancia, que haga variar el sentido íntegro de la solución jurídica” (20).

Estas son, sin dudas, las notas que transforman al derecho en una disciplina apasionante.

(20) MASSINI CORREAS, Carlos I., “La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho”, Lexis Nexis — Abeledo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 53.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DOCTRINA

Thomson Reuters

Las “locaciones virtuales” no son locación

Eduardo A. Pérez ^(*)

Sumario: I. Acercamiento al tema: las locaciones virtuales en la “Ley de Góndolas”.— II. Deber de información, publicidad y *marketing*.— III. Diferencias con el contrato de locación.— IV. Los contratos con fines publicitarios.— V. Esencia y propuesta de definición: contrato de participación publicitaria.— VI. Caracteres.— VII. Conclusiones.

I. Acercamiento al tema: las locaciones virtuales en la “Ley de Góndolas”

La ley 27.545 es y será popularmente conocida como Ley de Góndolas. La denominación es justificada: un primer acercamiento enseña que su finalidad consiste en la organización de los productos en los estantes de la góndola de los súper e hiper mercados, para promover y facilitar el acceso del consumidor a las mercaderías producidas y/o elaboradas por pequeños y medianos productores que, como regla general, no tienen llegada asegurada al cliente, entre otras razones, por no ostentar una marca o patente conocida en el mercado.

No será objeto del presente trabajo el estudio de las bondades que dicha ley pueda tener o carecer, ni efectuar pronósticos sobre éxitos o fracasos del sistema que intenta implementar. Desarrollaremos otros aspectos, solo los referidos a las llamadas “locaciones virtuales”; mal nombradas, por cierto, ya que no son locación. Es decir, nos atendremos al lado civilista de la ley.

(*) Abogado. Escribano. Docente universitario. Especialista en Derecho Civil. Profesor adjunto de Derecho Privado III, Cátedra 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Profesor permanente en la Especialización de Derecho Civil, Derecho de la Contratación Actual, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Miembro del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prosecretario de la Excelentísima Cámara II de Apelación, sala III, La Plata, provincia de Buenos Aires, Argentina.

Dijimos lo que no será. Digamos lo que intentará ser. Si las locaciones virtuales no son locación, ¿qué son? La idea que proponemos tendrá por objetivo la elaboración de aportes que permitan develar la incógnita.

Acerca del porqué del tema. En el art. 5º de la ley 27.545 se brinda la noción de góndola y se indica que las disposiciones a ellas referidas se harán extensivas a las “locaciones virtuales” que posean los sujetos obligados, como ser la página web, aplicación móvil, tienda de comercio electrónico o similares. Comprendemos que el espacio de la supuesta locación solo debe revestir formato electrónico y no físico como sucede en ese tipo contractual.

La ley 27.545 tienen por objetivo el estímulo a la competencia y la participación en el mercado de las pequeñas y medianas empresas, sus respectivas marcas, las que habrán de merecer tutela no solo en el espacio físico, sino también en el virtual. No solo abarca la organización y distribución de los productos en la góndola física; el *espacio virtual* debiera correr idéntica suerte. No con el producto, ya que sería materialmente imposible incluir un objeto corpóreo a un espacio virtual, pero sí con la publicidad que de este se haga, o la ocupación que aquel encuentre en el sitio de compras online (a través de fotos, stickers, gráficos, etc.).

No es lo mismo que, al ingresar al sitio web, el consumidor no haga nada y así y todo se encuentre con que hay un producto o servicio que salta inmediatamente a sus ojos y acapara toda su atención, que tener que buscar y encontrar-

lo valiéndose de un buscador que el mismo sitio le proporciona (ubicados en rectángulos superiores con una lupa de búsqueda en su interior). Esta sola herramienta de presentación publicitaria acarrea notables diferencias de ventas entre los productos que se ofrecen de una y de otra forma.

La ley imagina que la competencia desleal puede producirse tanto en la góndola física como en la virtual, ambas susceptibles de aprovechamiento económico por parte de su titular, a través de la locación o “locación virtual”, respectivamente. Al igual que sucede con en los estantes que albergan capacidad física de ofrecer mercaderías al público (la góndola), el espacio virtual (la góndola virtual), constituido por la página web del establecimiento o aplicación para compras online, debiera fraccionarse en aras de brindar —en teoría— igualdad de posibilidades, democratizando la oferta.

El espacio virtual puede fraccionarse y estar destinado a realizar publicidad de mercaderías o directamente ofrecer bienes para que el consumidor los compre. Dicho fraccionamiento supone que el espacio virtual es susceptible de división en parcelas (virtuales también), las cuales pueden ponerse a disposición de un anunciador, distribuidor o licenciataria para dar a conocer un determinado producto o, como en el caso que más interés nos genera, que sea el propio titular de la página web quien, en armonía con el dueño de una marca, ofrezca mercadería en su sitio de internet.

El manejo de ese espacio web es el que debe merecer especial atención, porque es dicho lugar el que puede estar destinado a lo que la ley refiere como “locación virtual”. Es decir, a la administración y/o utilización del espacio virtual destinado a la publicidad de mercaderías, sea con fines exclusivamente publicitarios o bien cuando se conforme una góndola virtual, donde el usuario pueda acceder a realizar transacciones desde cualquier punto en el que cuente con conexión a internet.

La ley 27.545 utiliza “locaciones virtuales” como un sinónimo de góndola virtual. La terminología se usa en varias oportunidades.

Las “locaciones virtuales” son el espacio virtual en el que se ofrecen bienes y productos. Abarca tanto la publicidad virtual como la organización de la góndola virtual.

La experiencia lo reafirma. El consumidor puede fácilmente acceder al sitio web del establecimiento comercial a través de su tablet, Smart Phone, Smart TV o *notebook*. Lo primero que llama la atención del consumidor no es la góndola virtual, sino la publicidad, generalmente ubicada al centro del espacio, resaltada con la fuente gráfica y colores que faciliten su rápida captación. Allí se topará con las “ofertas” que el comercio ha decidido dirigir al público. Es en la invitación a iniciar compras, invitación a acceder a la góndola virtual. Esas “ofertas” o, mejor dicho, publicidad de determinados productos preseleccionados, son elaboradas conforme al interés del comercio y la marca, a modo de cebo para que el consumidor se mantenga en el sitio, conozca otras “ofertas”, lo seduzcan y termine comprando. Sean esas las “ofertas” principales o cualquier otra. Así funciona el aparato publicitario porque el organizador supone que así funciona la psicología del público consumidor.

Es lógico entonces que la “locación virtual” comprenda ambos supuestos: la utilización del espacio con fines publicitarios y la organización de la góndola virtual.

II. Deber de información, publicidad y marketing

Las “locaciones virtuales” nos introducen a conceptos que usualmente se manejan como sinónimos, aunque no lo sean. Nos referimos a la información (deber de informar), publicidad y *marketing*. Mientras los dos primeros resultan familiares y conocidos para el jurista dada su aceptada utilización en el marco del derecho del consumo, el último es ignorado. Sin embargo, todos apuntan a la cadena de comercialización del producto, bien o servicio, siendo herramientas que los diversos eslabones de la cadena utilizan para llegar al consumidor final. Lo cual implica, previamente, generar en él el deseo de consumir.

Insistimos en que una de las formas de la “locación virtual” promueve exclusivamente la publicidad del bien o servicio.

Sin duda que la *información* consiste en una de las obligaciones más importantes del proveedor —sino la más importante— ya que en la mayoría de las veces determina al consumidor a celebrar —o no— un contrato de consumo. De ahí el especial cuidado que la ley confiere a este derecho/deber.

La ley 24.240 refiere a la información en el art. 7° cuando indica que las ofertas dirigidas a consumidores potenciales deben contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones; son, estas últimas, la muestra principal que aquel deber se encuentra presente desde el principio mismo de la relación que, en un futuro, podría derivar en un contrato. En efecto, informar no es otra cosa que efectuar una descripción acerca de las características de hecho y de derecho que ofrezca un bien o servicio, como así también de las condiciones que pudiera englobar su comercialización.

El art. 8°, más cercano a la información que a la publicidad, nos recuerda que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (1).

La modalidad de contratación actual se caracteriza por un altísimo número de transacciones electrónicas, en desmedro de la tradicional cara a cara, sellada con el apretón de manos. Lo que conlleva poner en crisis los clásicos medios de información, que se ven aplazados y relegados por otros, debido al campo ganado por los medios electrónicos en los que, con enorme ventaja, el consumidor puede evaluar las características de un bien o servicio desde la comodidad de su hogar. Incluso efectuando comparación con dos o más proveedores al mismo tiempo.

(1) Realizamos dicha distinción pues, pese a la letra del artículo, ningún prestador de bienes o servicios podría quedar obligado por la utilización de un eslogan publicitario que, por ejemplo, relacione su producto con la libertad, felicidad o encuentro social; quedaría obligado por las variantes contractuales que indique en su publicidad, por las precisiones del objeto, pero no podría garantizar que el adquirente del producto —ej., un teléfono celular— sea feliz o se sienta más libre, no obstante haber recurrido a tal atributo en el spot publicitario.

Escribimos estas líneas durante la vigencia del decreto de necesidad y urgencia 297/2020 el cual impuso un estado de aislamiento social preventivo y obligatorio con el objeto de controlar la pandemia del coronavirus COVID-19 en nuestro territorio nacional. Ello se tradujo, entre otras cuestiones, en el cese casi entero —salvo excepciones bien marcadas— de la actividad comercial física, es decir, la que es celebrada en el propio establecimiento comercial. Sin embargo, se mantuvieron las compras vía *online* con entrega domiciliaria (2). Entonces, no solo los usos y las costumbres, sino también la necesidad, impone al proveedor la necesidad de construir y mantener un sitio web suficiente, completo y actualizado, ofreciendo al consumidor una descripción detallada del bien o servicio que pudiera interesarle. Insistimos sobre ello puesto que todavía pueden observarse casos en los que su cumplimiento es relativo, ofreciendo sitios electrónicos con detalles e información escueta, parcializada y/o confusa.

Resaltan el deber de información varias disposiciones del Cód. Civ. y Com.: arts. 1100 a 1103 (información y publicidad dirigida a consumidores), 1107 (información sobre medios electrónicos en los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial), 1111 (información del derecho a revocar), 1379 y 1385 (información y publicidad en la contratación bancaria).

A diferencia de la publicidad y el *marketing*, la información constituye una obligación a cargo del proveedor y, por ende, un derecho del consumidor. Se encuentra tutelado especialmente en la ley 24.240 y en el Cód. Civ. y Com. Se busca con ello que el consumidor pueda tener la oportunidad de conocer fielmente las condiciones del bien o servicio que le interese, como así también las condiciones de la contratación que lo rodean. El deber de información no solo surge como tal en la etapa contractual sino también —con más razón— en la precontractual, ya que es allí cuando el consumidor se convence de la necesidad o no de celebrar el contrato.

(2) Según el DNU 297/2020 quedan exceptuados del régimen de aislamiento preventivo y obligatorio las actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales (art. 6° inc. 14) y los servicios postales y de distribución de paquetería (art. 6° inc. 21).

La mayoría de las exhibiciones que se efectúan a través de “locaciones virtuales” no buscan satisfacer el deber de información (la descripción y detalle del bien o servicio es por demás de exigua), sino que cumplen una finalidad más bien publicitaria. Así sucede cuando, por ejemplo, el público accede a una página de internet y automáticamente se reproduce un video con el anuncio de una marca o producto.

La *publicidad* es un proceso cuyo objetivo es la divulgación de un mensaje en torno a un bien o servicio, el cual está dirigido a un número indeterminado de personas. Puede o no utilizar la información como método (publicidad descriptiva) o simplemente recurrir a herramientas de *marketing* que permitan incidir en la voluntad del consumidor, generándole el deseo de adquirir, por ejemplo, mercaderías que en realidad no necesita. En este último caso la táctica publicitaria —existen numerosas y sería imposible abarcarlas a todas en el presente comentario— se desinteresa de la descripción del bien o servicio, utilizando otro tipo de herramientas como ser la exposición de las benevolencias del producto, que quien lo tiene y utiliza se transforma en ganador, exitoso o, directamente, asociándolo con momentos placenteros.

Señala Lovece que la sociedad de masas es el logro más notorio del despliegue publicitario ejercido por las empresas, generando deseos permanentes que buscan satisfacción ilimitada condicionando en forma constante la voluntad de los consumidores (3). Expresa que la publicidad e información desarrollan metas distintas: la publicidad tiene como objetivo inmediato generar ventas y lo logra mediante la inducción masiva al consumo, mientras que la información le permite al consumidor o usuario el conocimiento específico de las características del servicio a adquirir y no juega con la seducción, sino con el conocimiento concreto (4).

(3) LOVECE, Graciela, “La publicidad en el marco de la contratación (arts. 5º, 7º y 8º de la ley 24.240)”, en GHERSI, Carlos A. - WEINGARTEN, Celia, Tratado del derecho a la salud, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 538.

(4) LOVECE, Graciela, “La publicidad...”, cit., p. 542.

Podemos decir entonces que el deber de información, cumplido fielmente, implica poner a la vista del público el detalle del bien o servicio que se ofrece, de forma que pueda meditar sobre si aquel satisface o no la necesidad que ha surgido; tiene un marcado tinte objetivo, en la medida que debiera limitarse a la descripción del bien, a fin de que el público sepa lo que es y lo que no. La publicidad, si bien puede utilizar la información como método de inducción, no necesariamente lo hace, ya que podría resaltar solo un aspecto del producto, de carácter subjetivo —ej. “el más rápido”, “limpia más”, “no deja manchas”, etc.— que, sin perjuicio de la certeza y exactitud, no cumple —por exiguo— el deber de información establecido por las leyes protectorias del consumidor (arts. 7º y 8º ley 24.240; 1100 a 1103 del Cód. Civ. y Com.) (5).

Las tácticas publicitarias son, en parte, estudiadas por el *marketing*. Dice Nicolau, con cita de Vallespinos, que el *marketing* se esmera en planificar la oferta y la demanda de manera que constituye un fenómeno económico posterior a la producción de bienes y servicios, necesario para que pueda completarse cualquier ciclo productivo; que a fin de lograr la comercialización del bien es necesario el despliegue de energía lo suficientemente eficaz para que aquel llegue al consumidor. Agrega que es la comunicación la estructura fundamental del proceso

(5) Sobre publicidad prohibida, resulta conveniente recordar lo dispuesto por la ley 22.802 de Lealtad Comercial: Art. 9º.— Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios. Art. 10.— Queda prohibido: a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar; b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio; c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que estos tengan para quien los recupere.

que el *marketing* lidera y que se concreta, usualmente en la publicidad (6).

El bien o servicio será exitoso en la medida que se respeten ciertos elementos publicitarios que son objeto de estudio del *marketing* (7).

Volveremos sobre estos temas.

III. Diferencias con el contrato de locación

Pese al parecido de la denominación, las “locaciones virtuales” no son locación. Pueden hallarse importantes diferencias, principalmente en lo referido a:

III.1. El objeto

Es la principal disimilitud. Según el art. 1192 del Cód. Civ. y Com., toda cosa presente o futura, cuya tenencia esté en el comercio, puede ser objeto del contrato de locación, si es determinable, aunque sea solo en su especie. Es decir, solo las cosas pueden ser objeto del contrato, entendidas en el sentido que les da el art. 16: objetos materiales susceptibles de valor económico (8).

En este sentido la nueva regulación civil no ha introducido modificaciones en relación con el anterior Código de Vélez que, en los arts. 1499 a 1503, seguía idéntico criterio. Lo mismo que el Proyecto de 1998, antecedente inmediato de la ley vigente.

(6) NICOLAU, Noemí L., “La influencia del marketing y la publicidad en las relaciones de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., “Tratado del Derecho del Consumidor”, Ed. La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 527-528.

(7) Elementos como el tipo de letra del anuncio, oportunidad en que se presenta al público, tiempo de duración, tono y timbre de voz del anunciador, sexo y edad de los actores que enseñan el producto; si se trata de un espacio virtual, ubicación del producto dentro de la página web (centro, izquierda o derecha), tamaño, color de texto o de fondo, colocación de una foto del producto, sujetos a quien se dirige el anuncio, etc.

(8) Art. 16 Cód. Civ. y Com. “Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

Por el contrario, el objeto de la “locación virtual” nunca podría ser una cosa. Podríamos hablar de bienes, ya que el espacio donde se cuelga el anuncio del producto o servicio es siempre virtual, intangible, incorpóreo. Su objeto es incompatible con la denominación que usualmente se le asigna al contrato; según el tipo contractual la locación no puede asentarse sobre un objeto que no sea una cosa. Del mismo modo que a la transferencia de derechos no se le llama compraventa sino cesión.

Según la visión de Alterini, el Código Civil y Comercial no autoriza lisa y llanamente la existencia de locación con objeto mediato sobre bienes. Solo prevé dos situaciones especiales en el art. 1188: las universalidades que incluyan una cosa mueble registrable o un inmueble y las partes de un inmueble (una habitación o una medianera) (9).

III.2. La causa

A rigor de verdad, cuando el Código Civil y Comercial regula al contrato de locación poco piensa el alquiler de los espacios virtuales, sea con fines publicitarios o para construir la góndola virtual. Sus normas poco se adaptan a las reales características de este especial vínculo y, aunque quisiera verse que efectivamente se trata de un contrato de la misma familia y esencia, no puede desconocerse que la adaptación que pudiera pretenderse es por demás forzada.

Veremos aquí algunos de dichos aspectos, vinculados en torno a la noción de causa.

En el lado más objetivo, tendríamos que reconocer que las partes del contrato de locación confluyen a realizar un acuerdo que les permita, a uno de ellos, obtener el uso y goce de una cosa y, al otro, percibir una suma por los derechos que confiere sobre dicho objeto. Y tal como sucedía con la legislación derogada, el nuevo Codificador ha pensado que la locación se dirige a cumplir fines específicos: el habitacional y el genérico “otros fines”, diversos a la habitación (comercial, ferias, guarda de cosas, turismo, etc.). Por supuesto que todos ellos se logran a través

(9) ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 261.

del alquiler de objetos materiales, algo que no podría ocurrir en la “locación virtual”.

El uso del espacio virtual puede tener fines publicitarios y participativos. Utilizamos “y” y no “o”, ya que ambos pueden concurrir en la misma oportunidad. El primero de los fines estará cumplido cuando ese sea el objetivo de las partes. El anunciante utiliza el espacio virtual que el anunciador le ofrece y canaliza a través de él las ofertas de sus productos. Algo similar a colocar una pauta publicitaria en un diario; se paga por el espacio virtual, más o menos dinero, teniendo en cuenta el tamaño del aviso, tiempo que estará visible, etc.

También puede revestir un fin publicitario y participativo a la vez si, cuando se cuelga la oferta del bien o servicio en el espacio virtual, ambas partes comparten el interés propagandístico: el anunciador busca obtener, además del cobro del precio por el anuncio en sí mismo, la difusión publicitaria de su propio establecimiento o que el aviso sirva como un disparador para que el consumidor vea y adquiera bienes o servicios, sean de una marca propia del titular del espacio virtual o de otras que él ofrezca al público. Es así que una cadena de supermercados puede desarrollar convenios con varias de las marcas que ofrezca a la venta en su establecimiento, a través de los cuales, seguramente, se comprometerá entre otras cosas, a publicitar uno o varios productos. La publicidad, si bien respeta el contrato marco, reviste particular interés para el anunciador (el supermercado dueño del sitio web) ya que al ofrecer al público una marca prestigiosa, llama a que ese público indeterminado entre en contacto con otras, de menor nombre o divulgación comercial, sirviendo de anzuelo para hipotéticas futuras ventas. Ambas partes se benefician de la publicidad.

III.3. Los sujetos

Si bien el contrato de locación del Código Civil y Comercial puede celebrarse válidamente tanto por personas humanas o jurídicas (sociedades comerciales, sociedades de hecho, el propio Estado), la experiencia indica que tanto locador como locatario son, por regla, sujetos de carne y hueso. Por lo menos cuando se refiere al destino “habitacional” que, vale decirlo, es al que el legislador mayor tratamiento ha dedicado. Son

ejemplo de ello, los casos de continuación de la locación por causa de muerte (art. 1189), continuación del vínculo por el conviviente del fallecido o de quien hiciera abandono del hogar (art. 1190) y la imposibilidad de imponer cláusulas que limiten el acceso al inmueble de personas con discapacidad (art. 1195). Ninguno de ellos supone locaciones realizadas por personas jurídicas.

Repasemos los temas sobre los cuales se ha expedido la ley civil vigente en materia locativa: definición del tipo contractual, forma, objeto, destino, plazos máximos y mínimos, obligaciones del locador y locatario (previendo casi siempre el uso habitacional), mejoras, cesión, sublocación y extinción. La temática en sí parece bastante alejada de las aristas que presentan las “locaciones virtuales”. Es notorio que el legislador no pensó en la góndola virtual cuando reguló al contrato de locación.

Es difícil pensar —aunque no imposible— que las “locaciones virtuales” sean concluidas por personas humanas. Dado los fines perseguidos, será utilizado mayoritariamente por sujetos que serán personas jurídicas. Es probable que un prestador de servicios “persona humana” se publicite a sí mismo a través de un espacio virtual de otro, pero la ley 27.545 pareciera circunscribirse a marcas y supermercados.

Tampoco puede hablarse del uso y goce que estamos acostumbrados a observar en el contrato de locación tradicional. La facultad de gozar del espacio es absolutamente ajena a la “locación virtual” y bastante cuestionable aparece también la idea del uso del espacio virtual, ya que, como se verá, el supuesto “locador” de ese espacio no obtiene la posibilidad de utilizarlo libremente. Por caso, no puede por sí solo realizar modificaciones al contenido, cambiar su fisonomía, ampliar el espacio, mejorarlo, introducir caracteres distintos a la información que allí se ha procesado; tampoco podría quitarlo por sus propios medios. Con ello decimos que la disponibilidad del espacio siempre corre por cuenta del supuesto “locador” (dueño o administrador del espacio web) quien, con base en las condiciones de contratación, es el encargado de realizar las modificaciones que correspondan en el espacio virtual contratado.

IV. Los contratos con fines publicitarios

La Ley de Góndolas identifica a las “locaciones virtuales” con la góndola virtual; lo cierto es que la utilización del espacio de un sitio web o plataforma de ventas electrónica tiene por fin, a veces único, dar a conocer al público un número variado de bienes o servicios.

La “locación virtual” comprende dos objetivos: el estrictamente publicitario y otro que, sin excluir aquel, promueve la compra directa del consumidor. En este último supuesto, se hace presente la góndola virtual y, algo que al lector le resultará muy familiar, el changuito o carrito de compras virtual.

Las “locaciones virtuales” tendrán fines publicitarios únicamente, cuando una persona (el anunciador) se obligue a colocar el anuncio que le indique la otra (el anunciante) en un espacio web del que resulte titular o administre, obteniendo por ello una contraprestación. Puede asumir una fisonomía simple, donde el único fin es la presentación del anuncio, o más bien compleja, donde confluyen otros tipos de objetivos y obligaciones, como ser que el propio anunciador asuma el deber de elaborar el aviso sobre especificaciones que realiza el anunciante.

Farina (10), siguiendo a Uría, distingue diversos tipos de contratos publicitarios. En la *orden de publicidad* el anunciante se limita a encarar al anunciador la publicación de un aviso que aquel le provee, todo mediante el pago de una remuneración. El aviso es elaborado por el anunciante y el anunciador solo lo transmite a través del medio de comunicación que utilice: periódico, radio, cartelería o espacio virtual. En el contrato de *creación publicitaria* la empresa de publicidad se encarga de elaborar y confeccionar detalladamente una campaña publicitaria para su cliente, quien paga un precio por ello. La tarea se agota con la creación del programa publicitario, la ejecución de ello corre por cuenta del cliente o de otra empresa que él decida. El contrato de *campaña publicitaria* puede absorber ambos supuestos: la creación y ejecución de un programa publicitario —supuesto

más probable— o solo el desarrollo de una campaña provista por el propio cliente o por un tercero. Así, mientras en la *creación publicitaria* se hace hincapié en el plan publicitario, la *campaña* supone el modo de ejecución del programa. En el caso de la *mediación publicitaria* en la que el autor hace alusión a la presencia de una locación de segundo grado, pensamos que el contrato se explica bastante bien teniendo en cuenta la figura del agente —de publicidad—, hoy regulado de modo genérico en los arts. 1479 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Desde la perspectiva de Spota (11), el contrato de publicidad es siempre una locación de obra material, porque el empresario o avisador (al cual antes hemos referido como “anunciador”) ha de ejecutar tal obra, sea imprimiendo el anuncio en el periódico, sea efectuando la publicidad en un muro o en instalaciones sobre un lugar determinado como podría ser en lo alto de un edificio o terrenos baldíos, o recurriendo a la televisión, radiodifusión. En nada cambiaría tal naturaleza el hecho que el anunciador se comprometa solamente a publicar un aviso ya elaborado por el anunciante o que, dentro de las obligaciones que aquel asuma, se encuentren las de pensar y ejecutar dicho aviso o la campaña publicitaria. Según dicho autor, la esencia jurídica comprendería, asimismo, el supuesto de mediación publicitaria, es decir, el convenio por el cual el agente publicitario se encarga de acercar al anunciante y anunciador. Por nuestra parte, advertimos que sin dejar de reconocer el apoyo que la figura publicitaria ostenta respecto a la tradicional locación de obra (hoy contrato de obra, según la terminología adoptada por el Cód. Civ. y Com.), existen normas que, según el caso, resultan plenamente aplicables al intermediario o agente publicitario, toda vez que han sido tipificados los contratos de corretaje y agencia.

Con este breve acercamiento a los contratos con fines publicitarios queremos resaltar, una vez más, una de caras que ofrecen las “locaciones virtuales”, esto es, la publicidad. Ello debido a que cada vez con mayor incidencia, los tradicionales soportes publicitarios (muros, carteles,

(10) FARINA, Juan M., “Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial”, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999, ps. 719 y ss.

(11) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (actualizador), “Contratos. Instituciones de Derecho Civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VI, ps. 911 y ss.

radio, televisión, etc.) han sido desplazados por las plataformas electrónicas.

No pasamos por alto que la ley 27.545 utiliza “locación virtual” prácticamente como sinónimo de la “góndola virtual”, pues es en la organización de la página web —que vendría a asimilarse a los estantes de la góndola— en lo que la normativa intenta tener incidencia. Ahora bien, circunscribimos solo a este aspecto —la góndola virtual— sería por demás de injusto, incompleto y, si se quiere, hasta ingenuo, debido a que no puede de ninguna forma desconocerse que, en no pocos casos, la organización misma del espacio virtual destinado a publicidad tiene decisiva influencia sobre las compras que el consumidor decide efectuar en el propio sitio web del anunciador. Un simple ejemplo bastará para demostrarlo: las páginas de internet de los hipermercados de mayor caudal de ventas, generalmente ponen a la vista del visitante una importante cantidad de “ofertas”, por caso, bebidas gaseosas, aguas minerales y saborizadas, alimentos, artículos de limpieza e higiene personal —entre otros— de marcas bien específicas, todas ellas con importantes descuentos si se adquieren bajo una especial modalidad —por caso, la segunda unidad al 50%— (aviso publicitario); en otro sector de la misma web, el visitante encuentra la imagen del producto en promoción y con solo clickearlo, lo anexa al carrito de compras virtual (es decir, ha sido tomado de la góndola virtual).

En suma, entonces, estas locaciones —que no son locación— abarcan tanto la utilización del espacio virtual con fines publicitarios como el destinado a organizar la góndola virtual.

V. Esencia y propuesta de definición: contrato de participación publicitaria

El esquema básico de los contratos con fines publicitarios se estructura con la participación de dos sujetos, anunciante y anunciador, cada uno representando —como sucede normalmente en los contratos— intereses contrapuestos, fines y expectativas diversas. Como expusimos, el anunciante busca llegar al público a través del espacio publicitario que ofrece el anunciador, del cual requiere su uso; este último, tiene como objetivo obtener una remuneración.

En el caso que ahora se nos presenta —la “locación virtual” como análoga a la góndola virtual— debiéramos salir de ese esquema. Es que en esta variante del contrato es evidente que el anunciador —el titular del sitio web o aplicación para compras electrónicas— no limita su interés a cumplir con el mero anuncio —sea la sola publicación o bien, la elaboración y posterior publicidad— sino que participa en el interés publicitario del anunciante, ya que cuanto más conocido, difundido y aceptado sea el mensaje —el aviso— mayor será su oportunidad de concretar ventas con hipotéticos consumidores.

Como sucede en los contratos que van adquiriendo una fisonomía propia, la causa termina por esculpir el tipo contractual, le da una forma inédita a una manera de vincularse que, pese a compartir un origen o elementos en común con otras, logran tener cierta autonomía, dando satisfacción a intereses particulares de las partes —pero conocidos, aceptados y relevantes—.

En este vínculo, el anunciador resulta interesado en el éxito de la publicidad que el anunciante encarga. Existe una participación publicitaria.

Tan es así que al propio anunciador le interesa celebrar contratos de publicidad con el anunciante que representa una marca conocida en el mercado; si lo lograra y así lo hiciera con otras marcas de diversos rubros, tendría alta probabilidad de concretar las ventas proyectadas. Es fácil de imaginar la situación en que la publicidad absorba varios productos —ofrecidos al público consumidor con importantes descuentos—, de diversos rubros, para que luego, en la góndola virtual —que casi con seguridad, habrá de ubicarse en la parte central del sitio web— el público comience a introducir productos en su carrito de compras virtual, esos mismos de la publicidad u otros.

El vínculo entre la publicidad y la ubicación que al aviso se dé en el espacio virtual resulta determinante para el desarrollo de las compras en la góndola virtual. Es por ello que la expectativa de ventas justifica el interés del propio anunciador en el contrato publicitario base, el cual, como vemos, excede la estructura de las figuras analizadas en los puntos anteriores (por lo menos en lo que hace a su causa). Dicho sea,

además, que es justamente esta situación la que preocupa a la ley 27.545, en sus denodados esfuerzos por ejercer un control de aquello que se ofrece al público, en las formas, el cómo y el cuánto.

Entonces, las “locaciones virtuales” revisten dos variantes. La primera el acto publicitario que se acerca a la estructura tradicional del contrato celebrado para dichos fines, encontrándose presente las figuras del anunciador y anunciante. A rigor de verdad la diferencia preponderante es el medio a través del cual se dispara el aviso publicitario: el espacio virtual, intangible. La segunda posibilidad, más compleja, encierra un negocio participativo en el que el anunciador encuentra en el anuncio una herramienta favorable para favorecer sus propias ventas; de ahí que, si bien por distintas razones, ambos sujetos se interesan en que el aviso publicitario del anunciante sea conocido por la mayor cantidad de público posible.

Es importante tener en cuenta que el titular del sitio web —o aplicación— decide estructurar su contenido con base en perspectivas económicas y empresarias; una parte del contenido puede ser dedicado a fines publicitarios. Es probable que, a su vez, una porción importante de este espacio sea reservado a las marcas con mayor presencia en el mercado, ya que eso aseguraría que una mayor cantidad de público acceda y se mantenga en la página de internet, con la posibilidad cierta de realizar consumos, sea de esas mismas marcas o de otras de menor presencia, pero que redunden —al fin y al cabo— en el aumento de ventas del titular del sitio.

El vínculo que hemos venido describiendo ofrece particularidades que lo diferencian claramente de la locación; las “locaciones virtuales” no son locación.

Propuesta de definiciones: por medio de esta figura, encontramos una primera variante que se caracteriza por el compromiso que asume el anunciador de colocar un aviso, cartel o publicidad en un espacio virtual de su sitio web, especialmente destinado a los fines publicitarios, por un tiempo, mediante el pago de una remuneración a cargo del anunciante, quien puede proveer el anuncio o encargar su realización al propio anunciador o a un tercero (empresa

o agencia de publicidad). En la concepción de Spota, se visualiza la esencia de la tradicional locación de obra.

En la segunda posibilidad, asimilable a la “góndola virtual” vemos un *negocio de carácter participativo con fines publicitarios* en el que, con ocasión de la publicidad, el anunciador estructura su página web de un modo diverso —como si se tratase, justamente, de una “góndola virtual”— y promociona marcas de un tercero con base en un contrato base, pero con el fin de incrementar las ventas de su propio establecimiento comercial. No es casual que, producido el acceso al sitio de compras online, las “ofertas” que primero se presentan a los ojos del consumidor son la de las marcas que el propio dueño del sitio utiliza como cebo para concretar la mayor cantidad posible de ventas, sean de esas mismas marcas o de otras menos taquilleras.

En todos los casos, la publicación de la información virtual, su modificación y posterior cese, corre por cuenta del anunciador, titular o administrador del sitio o aplicación web.

VI. Caracteres

Como en cualquier vínculo, pueden resaltarse los aspectos que lo caracterizan y que sin duda ayudaran su comprensión. Veamos algunos.

VI.1. De adhesión

La contratación moderna ofrece como una de sus principales características la adhesión a condiciones predispuestas o, lisa y llanamente, a formularios. De modo que el contrato con fines publicitarios no escapa a dicha tendencia, sin importar el modo contractual por el que se acceda: contrato normativo o contrato/s individual/es. En cualquiera de las dos variantes es viable pensar que, para lograr el efecto querido por la publicidad, el vínculo debiera mantener cierta relación de permanencia y no la incomodidad que presenta el contrato individual, el cual debiera celebrarse cada vez que surja la necesidad de efectuar una publicidad o aviso; es usual que el acuerdo comprenda todos los avisos que el anunciante promueva o pueda promover durante un lapso de tiempo cierto o indeterminado.

Los aspectos salientes del vínculo, en general, son determinados por el anunciador, titular del espacio donde habrá de insertarse la publicidad. Entre ellos, el precio y los caracteres del espacio virtual, en principio, los determina el propio anunciador; no obstante, no desconocemos que pueda quebrarse el criterio de la simple adhesión si el anunciante ofrece condiciones que resulten convenientes para el propio avisador, como sería el caso que una marca “de peso” esté interesada en promocionar sus productos, o bien, el propio dueño ostente el mismo interés que el anunciante, ya que sería un modo de promover la venta de otros bienes de su establecimiento comercial.

VI.2. Bilateral y oneroso

Es bilateral en tanto el contrato entraña obligaciones recíprocas. Hemos visto que el anunciador se compromete, de mínima, a poner a disposición del anunciante un espacio virtual, generalmente de su titularidad, y a colocar en él el aviso que este indique, por el plazo convenido o conforme modalidades de la contratación. Puede asumir otras obligaciones, como la creación misma del aviso o de la propia campaña publicitaria; sin embargo, estas son características de otros vínculos, a los que hemos hecho referencia antes. El anunciante asume la obligación de pagar una remuneración.

La onerosidad del contrato se encuentra representada por las contraprestaciones que cada una de las partes espera recibir de la otra, mejor dicho, cada una de ellas se compromete dar o hacer algo, teniendo en miras lo que, a su vez, la contraria se obliga a dar o hacer. Además, se encuentra presente el particular ánimo de lucro característico de la actividad comercial.

Cuando se trata de la simple disponibilidad de espacio virtual, el anunciador hace de la publicación una actividad corriente; se dedica habitualmente a ceder el espacio de su sitio web a diversos anunciantes.

En el negocio participativo que referimos en segundo término, más complejo, existe, además, un particular ánimo del anunciador en obtener mayores ganancias —mayores ventas— a través de la publicidad de los productos o servicios del anunciante que, a su vez, puede tener su

génesis en otro tipo de convenios en los que, por ejemplo, generen condiciones apropiadas para que el propio titular de la web —establecimiento comercial— pueda ofrecer mercaderías al público con importantes descuentos en el precio o facilidades de pago en cuotas.

VI.3. Conmutativo

Las prestaciones a cargo de las partes, ventajas y desventajas se ciertas y determinadas desde el comienzo mismo del vínculo.

No altera en lo más mínimo tal conclusión el hecho que la publicidad llegue a no ser exitosa o no cumpla los objetivos pensados por el anunciante o, según el caso, por el propio anunciador. Con la publicidad se abre un juego de probabilidades que, si bien es estudiado a partir de técnicas publicitarias y de *marketing*, no garantiza en absoluto la segura consecución de ventas. Aunque el éxito no se logre, las prestaciones son debidas igualmente.

Pensemos el caso del contrato de campaña publicitaria que tenga por objeto insertar en el mercado un producto novedoso de una reconocida marca pero que, al final, el objetivo no se logra y la mercadería deba dejar de producirse y ofrecerse, con más pena que gloria. En principio, el fracaso del producto no quita a la empresa de publicidad el derecho a la remuneración por su actividad; aún el en supuesto que pudiera comprometerse su responsabilidad —por ejemplo, ante falta de estudios apropiados del mercado y tendencias actuales del público—, no se quita con ello el carácter conmutativo, siendo aquella una consecuencia del incumplimiento contractual, más no de la ausencia de certeza de las prestaciones.

VI.4. A plazo

El proceso publicitario necesita de un tiempo en el cual su destinatario, el público general, tenga posibilidad de acceder, conocer y familiarizarse con el anuncio. Justamente, la efectividad del aviso estará propiciado, muchas veces, por la insistencia con la que se presente a los ojos del consumidor, sea en el sitio web del anunciador o, en función de los algoritmos que posee la publicidad, que la harán visible en cada página de internet a la que aquel luego se dirige.

Es decir, la publicidad requiere de tiempo.

Las bases y condiciones introducidas al contrato entre anunciante y anunciador deben comprender el elemento tiempo; las obligaciones de las partes tienen que mantenerse durante el plazo previsto, que será —en principio— el lapso que dure la publicación. Por ejemplo, el anunciador no la puede retirar antes y si el pago se pactó en períodos semanales, debe hacerse de ese modo. Aunque esto puede variar según el caso particular.

La existencia de un contrato normativo, del que surja un vínculo publicitario permanente —más allá de la negociación en concreto de cada publicidad, conforme los parámetros del mercado, objeto que se presenta al público, etc.— puede tener plazo determinado o indeterminado. Será un supuesto de contrato de larga duración (art. 1011 del Cód. Civ. y Com.).

VI.5. Personal

Al hablar de los sujetos del contrato nos hemos referido a que, en la enorme mayoría de los casos, los obligados resultarán ser las personas jurídicas. Ello quita, como principio, el carácter personalísimo del contrato, en el sentido tradicional que lo conocemos.

Sin embargo, es importante resaltar un aspecto que parece determinar este tipo de acuerdos publicitarios, sobre todo cuando este se construye sobre la base del negocio de publicidad participativo que, en el caso tratado, sería el vínculo que da origen a la “góndola virtual”.

Al organizar la página web, los espacios de publicidad y ventas, el anunciador está determinado a colocar en un lugar bien visible y a resaltar muy especialmente las marcas de renombre, aceptadas y consumidas por el público en general. Destacarlas, ofrecer promociones, facilidades de pago (originados en otros acuerdos) es la vía por la que el público accede a otros productos de segundo orden, las “segundas marcas”, a los cuales se dedica un espacio publicitario secundario o “atado” al reservado a la marca de renombre.

Es ahí donde puede apreciarse el carácter personal que reviste este acuerdo para el em-

presario titular del sitio o aplicación web donde, como vemos, la reputación, nombre comercial y trayectoria —entre otras virtudes— de la marca que ofrece, resulta determinante para el fin último de su actividad comercial, es decir, incrementar sus propias ventas.

VI.6. No es un contrato de consumo, pero favorece el consumo

Se trata de un vínculo empresario, donde ambas partes intentan fortificar su posición en el mercado y obtener mayores réditos económicos, lo cual descarta de plano su visión como contrato de consumo. Ni el anunciador y ni el anunciante podrían caracterizarse como consumidores.

Sin embargo, no queremos perder de vista que este es un vehículo del que las partes se valen para favorecer y generar consumo. El anunciante busca torcer la voluntad del público, para que se incline por su marca, sus productos o servicios, por sobre los de la competencia. El anunciador, ya lo dijimos, saca un rédito directo de la remuneración que percibe del anunciante; obtiene una ventaja indirecta, cuando organiza su propia góndola virtual, dada la mayor cantidad de ventas que espera concretar a través del ofrecimiento de la marca prestigiosa del anunciante. En definitiva, intenta fomentar, promover y favorecer el consumo masivo de bienes y servicios, sean los de su anunciante, de otros o los suyos propios.

VI.7. Negocio participativo

Al organizar la góndola virtual, el titular de la página web hace especial énfasis no solo en diseño íntegro del sitio o aplicación, que llamará favorablemente la atención del público si resulta atractivo, prolijo, cálido y acorde al servicio que se ofrece, de práctico manejo para cualquier usuario, sino también en cuales espacios virtuales son destinados a publicidad, como así el orden y énfasis con el que los algunos productos se ofrecen por sobre otros. El estudio de esos factores, relacionados al *marketing* y a la publicidad, están dirigidos a que el propio anunciador, titular del espacio de ventas virtuales, pueda incrementarlas de modo ostensible. Así es que el interés publicitario que, *a priori*, en el contrato publicitario clásico se presenta solo

en el anunciante, en este particular vínculo encuentra apoyo en la participación que suma el anunciador, destinada a incrementar sus ventas a través de la proyección u ofrecimiento de ciertas marcas reconocidas en el mercado.

VII. Conclusiones

En el presente trabajo hemos tratado de exponer las principales aristas que ofrecen las denominadas “locaciones virtuales” referidas en la ley 27.545 de Góndolas.

El espacio virtual puede fraccionarse y estar destinado a realizar publicidad de mercaderías o directamente ofrecer bienes para que el consumidor los compre. Dicho fraccionamiento supone que el espacio virtual es susceptible de división en parcelas (virtuales también), las cuales pueden ponerse a disposición de un anunciador, distribuidor o licenciatario para dar a conocer un determinado producto o, como en el caso que más interés nos genera, que sea el propio titular de la página web quien, en armonía con el dueño de una marca, ofrezca mercadería en un sitio de internet que administra.

El manejo de ese espacio web es el que debe merecer especial atención, porque es dicho lugar el que puede estar destinado a lo que la ley refiere como “locación virtual”.

La ley 27.545 utiliza “locaciones virtuales” como un sinónimo de góndola virtual.

Las “locaciones virtuales” son el espacio virtual en el que se ofrecen bienes y productos. Abarca tanto la publicidad virtual como la organización de la góndola virtual.

La información, publicidad y *marketing* apuntan a la cadena de comercialización del produc-

to, bien o servicio, siendo herramientas que los diversos eslabones de la cadena utilizan para llegar al consumidor final. Lo cual implica, previamente, generar en él el deseo de consumir.

La mayoría de las exhibiciones que se efectúan a través de “locaciones virtuales” no buscan satisfacer el deber de información (la descripción y detalle del bien es por demás de exigua), sino que cumplen una finalidad más bien publicitaria.

Pese al parecido de la denominación, las “locaciones virtuales” no son locación. Tienen ostensibles diferencias en lo que hace al objeto, sujetos y causa del contrato.

La “locación virtual” comprende dos objetivos: el estrictamente publicitario y otro que, sin excluir aquel, promueve la compra directa del consumidor.

En la “locación virtual” como negocio publicitario participativo, el anunciador —el titular del sitio web o aplicación para compras electrónicas— no limita su interés a cumplir con el mero anuncio —sea la sola publicación o bien, la elaboración y posterior publicidad— sino que participa en el interés publicitario del anunciante, ya que cuanto más conocido, difundido y aceptado sea el mensaje —el aviso— mayor será su oportunidad de concretar ventas con hipotéticos consumidores. El anunciador resulta interesado en el éxito de la publicidad que el anunciante encarga. Existe una participación publicitaria.

Las “locaciones virtuales” revisten dos variantes. La primera el acto publicitario que se acerca a la estructura tradicional del contrato celebrado para dichos fines, la segunda asume forma de contrato de participación publicitaria.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Thomson Reuters

RESPONSABILIDAD POR LA VENTA DE COSAS MUEBLES

Vendedor condenado a devolver el precio abonado. Ausencia de responsabilidad del fabricante. Acción basada en el incumplimiento contractual. Inaplicabilidad del art. 40 de la ley 24.240. Efectos de los contratos celebrados por el distribuidor. Arts. 1502 y 1511, inc. b) del Cód. Civ. y Com.

Con nota de Marcelo C. Quaglia y Gerardo R. Van Becelaere

1. — El fabricante de muebles no debe responder frente al comprador si este no alegó haber recibido bienes defectuosos, viciosos o riesgosos, sino que su acción se basó en el incumplimiento contractual de la vendedora codemandada, máxime cuando las consecuencias derivadas de los contratos que el distribuidor celebra con sus clientes no recaen sobre el fabricante (art. 1502 y 1511, inc. b, Cód. Civ. y Com.).
2. — Aun cuando se otorgue a la compradora la calidad de consumidor, ello no autoriza la aplicación del art. 40 de la ley 24.240 a los fines de exigir la devolución de lo abonado al fabricante, pues esa norma habilita la acción contra quienes intervinieron en la cadena de comercialización de los bienes y servicios adquiridos solo cuando en estos se verifica un vicio o un riesgo, lo que no ocurrió en el caso.

CNCom., sala C, 20/12/2019. - Blue Star Company SA c. Oficent SRL y otro.

[Cita on line: AR/JUR/50950/2019]

COSTAS

Se imponen a la recurrente.

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 20 de 2019.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 384/01?

A la cuestión planteada la doctora Villanueva dijo:

I. La sentencia apelada.

Mediante la sentencia dictada a fs. 384/01, el señor juez de primera instancia hizo lugar en forma parcial a la demanda entablada por Blue Star Company SA contra Oficent SRL y rechazó la acción dirigida contra la codemandada Industrias Solano SA.

Para así decidir, el magistrado tuvo por acreditado que la nombrada “Oficent” había incumplido el contrato que había celebrado con la actora, a quien no le había entregado los muebles marca “Tempo” que allí refirió.

En ese marco, condenó a dicha codemandada a pagar los importes que indicó.

En cambio, hizo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por “Industrias Solano”, solución que fundó en el hecho de que no correspondía aplicar al caso lo dispuesto en el art. 40 de la ley 24.240.

Así lo hizo por entender que no había existido entre las partes una relación susceptible de ser calificada como relación de consumo, lo cual descartaba la posibilidad de vincular a la actora con la mencionada codemandada, desde que ésta no había sido quien había celebrado con la demandante la operación de marra.

Tuvo por acreditado que ambas codemandadas se encontraban vinculadas comercialmente por medio de un contrato de distribución de lo cual derivó que, en su carácter de proveedor, “Industrias Solano” no era responsable frente a terceros en los términos que indicó.

Tuvo asimismo por cierto que “Oficent” había cancelado el pedido de muebles que había efectuado a la restante codemandada, lo cual lo llevó a concluir que ésta no había adoptado conducta alguna susceptible de incidir en el incumplimiento contractual base de la presente acción.

II. El recurso.

1. La sentencia fue apelada por la actora, quien expresó agravios a fs. 418/28, los que fueron contestados a fs. 434/40.

2. La recurrente critica la sentencia por considerar que, contrariamente a lo que fuera decidido en ella, sí debe aplicarse al caso la ley 24.240.

Explica que su parte adquirió los muebles de marra como destinataria final, de lo cual deriva que ella debe ser calificada como consumidora en los términos de la norma que cita.

Esa calificación, según aduce, corresponde a todo sujeto que adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia posterior mediante su enajenación, que es, precisamente, lo ocurrido en el caso.

De lo expuesto deriva que resulta aplicable al caso lo dispuesto en el art. 10 bis de esa ley en cuanto auto-

rizaba a su parte a rescindir el contrato y a obtener la devolución de lo abonado.

Afirma que, a estos efectos, debe tenerse presente que se ha acreditado no sólo la erogación de la suma respectiva por parte de “Blue Star”, sino también que ella fue percibida por “Oficent”, quien encargó los muebles cuestionados a “Industria Solano” y que, de su lado, ésta recibió el pago del precio de tales bienes.

Se agravia, asimismo, de que el *a quo* haya hecho lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por esta última, temperamento que critica debido a que, según sostiene, ha sido probado en autos que “Oficent” sólo se dedica a comercializar muebles de la marca “Tempo”, en calidad de distribuidora oficial.

Refiere los elementos probatorios que conducen a esa conclusión, que habilita a sostener que al contratarse con la marca “Tempo” representada por “Oficent”, también se había contratado con Industrias Solano SA, en su carácter de fabricante y titular de la marca en cuestión.

Manifiesta que “Industrias Solano” se vale de sus distribuidores para comercializar sus muebles habiendo creado toda una organización distributiva a su cargo y bajo su control, por lo que debe responder por los incumplimientos de sus distribuidores oficiales.

Afirma que del peritaje contable producido en autos resulta que, después de haber recibido el encargo de “Blue Star”, “Oficent” realizó el pedido a la fábrica referenciando el número de operación, sin siquiera quedarse con una diferencia de precio dado que las sumas facturadas se corresponden con las que había abonado la parte actora.

De esto deriva que “Industrias Solano” no fue ajena a la operación y que su negativa a acompañar la documentación que refiere obliga a aplicar al caso lo dispuesto en el art. 388 del Cód. Procesal.

De otro lado, se queja del hecho de que el juez de grado haya rechazado el daño punitivo por ella requerido.

Pone especial énfasis en la actitud reprochable que imputa a “Industrias Solano” al haber desconocido el vínculo con la actora, negándose a acompañar la documentación relacionada con el caso de autos.

Se explaya en consideraciones acerca del daño punitivo y sus condiciones de procedencia.

Finalmente, se queja de que el magistrado haya puesto sobre su parte las costas del proceso, considerando que, por las razones que explica, aun cuando

la demanda en contra de la nombrada “Industrias Solano” sea rechazada, no puede desconocerse que, cuanto menos, su parte pudo creerse con derecho a litigar.

III. La solución.

1. Como surge de la reseña que antecede, la actora reclamó en autos la devolución del precio que había pagado por los muebles que describió en el escrito que dio origen a este juicio.

Dirigió el reclamo contra la vendedora y contra la fabricante de esos muebles.

La acción prosperó en contra de la primera y fue rechazada, en cambio, en tanto dirigida contra la segunda, lo cual motivó los agravios que acabo de resumir.

2. A mi juicio la sentencia debe ser confirmada.

Por lo pronto, es abstracto expedirse acerca de si la actora es o no consumidora, toda vez que, aun cuando se le otorgara razón en este aspecto, ello no la autorizaría a reclamar el pago del crédito en los términos del art. 40 LDC.

Así lo juzgo pues esa norma habilita la acción que prescribe en contra de quienes han intervenido en toda la cadena de comercialización de los bienes y servicios adquiridos, sólo cuando en éstos se verifica un vicio o un riesgo, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

En efecto: como surge de las constancias de la causa, nada al respecto fue invocado por la actora, quien, en cambio, sustentó su acción en el incumplimiento contractual —vinculado con la entrega de los muebles que adujo haber comprado— que imputó a “Oficent”.

En tales condiciones, la única responsable por esa falta fue la mencionada distribuidora, pues, ni aun cuando se aplicara al caso el derecho del consumo, el incumplimiento personal de esa codemandada hubiera podido extenderse a otra persona distinta de ella.

El texto del citado art. 40 es claro en cuanto establece:

“...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...”

Reitero que nada de esto fue dicho por la quejosa, quien no alegó haber recibido bienes defectuosos, viciosos o riesgosos, sino que, en cambio, se circuns-

cribió a invocar el incumplimiento de la relación personal que había trabado con la vendedora de esos bienes.

Esto me conduce a rechazar el primero de los argumentos sobre los cuales la nombrada fundó su pretensión de que la condena en cuestión se extendiera a “Industrias Solano”.

E igualmente inconducente encuentro el restante argumento.

Nótese que también la misma actora afirma que entre las codemandadas existió un contrato de distribución, derivando de esa circunstancia que las dos deben responder frente a su parte.

A mi juicio, esa pretensión contradice en sus bases la naturaleza de la relación que trato, la cual, precisamente, se justifica por el hecho de que las consecuencias derivadas de los contratos que el distribuidor celebra con sus clientes no recaen sobre el fabricante.

Así resulta del hecho de que los contratos de comercialización a través de terceros implican que quien asume esa comercialización lo hace como un empresario independiente, que asume su propio riesgo del que queda liberado el principal (ver, para el caso de la concesión, lo dispuesto en el art. 1502 Cód. Civ. y Comercial, aplicable al contrato que me ocupa por razón de lo dispuesto en el art. 1511 inc. b del mismo código).

Lo expuesto hasta aquí no se desmerece por los restantes argumentos que para fundar esa pretensión esgrime la recurrente.

Con prescindencia de cualquier otra consideración, lo cierto es que los datos que la pretensora reporta en su expresión de agravios no se condicen con lo acreditado en esta causa.

Del peritaje contable más arriba citado surge que “Oficent” cursó inicialmente un pedido de mercadería —claramente destinada a cumplir con lo que había prometido a la actora— que después dejó sin efecto.

Es decir: las facturas que fueron emitidas por “Industrias Solano” no tuvieron el alcance que la preten-

sora les atribuye, pues esas facturas no fueron cobradas por la nombrada en razón de que, precisamente, la aludida operación con su distribuidora, no llegó a buen fin.

En tales condiciones, y con prescindencia de que, de todos modos, la situación no hubiera cambiado si hubiera ocurrido lo contrario, encuentro relevante destacar este dato al solo efecto de demostrar que tampoco asiste a la quejosa razón en este tramo de sus agravios.

3. La misma suerte adversa han de seguir sus restantes dos quejas.

La concerniente al daño punitivo, debe ser rechazada puesto que, como surge de la aludida presentación efectuada ante esta Alzada, la recurrente ha fundado, en lo sustancial, la procedencia de ese daño en las conductas que atribuye a la fabricante, cuyo incumplimiento no fue acreditado en estos autos por las razones que acabo de plasmar.

4. En tales condiciones, no advierto razón para alterar el régimen de costas que también agravia a la nombrada, toda vez que, como ha quedado claro, ella no sólo no tenía razón, sino que tampoco pudo creerse con derecho —razonablemente hablando— a demandar del modo en que lo hizo.

IV. La conclusión.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso examinado, con costas a la recurrente (art. 68 del Cód. Procesal).

Por análogas razones, el doctor *Machin* adhiere al voto anterior.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede se resuelve: Rechazar el recurso examinado, con costas a la recurrente (art. 68 del Cód. Procesal). Notifíquese por Secretaría. Oportunamente, cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21/05/2013. Hecho, devuélvase al Juzgado de primera instancia. — *Julia Villanueva*. — *Eduardo R. Machin*.

La persona jurídica como consumidora y el incumplimiento contractual ante la relación de consumo frente a los sistemas de distribución comercial

Marcelo C. Quaglia (*) y Gerardo R. Van Becelaere (**)

Sumario: I. Introducción. Sinopsis del caso.— II. La sentencia de Cámara.— III. Una relevante omisión de la sentencia.— IV. La relación de consumo.— V. La persona jurídica como consumidora de bienes o servicios. Criterios para tener en cuenta.— VI. La responsabilidad derivada del incumplimiento y el rol de los diversos integrantes de la cadena de comercialización.— VII. Colofón.

I. Introducción. Sinopsis del caso

En fecha 20 de diciembre de 2019 la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial, integrada por los doctores Julia Villanueva y Eduardo R. Machin, dictó sentencia definitiva en los autos caratulados “Blue Star Company SA c. Oficent SRL y otro” (expediente N° 11.134/2016) en la cual se rechazó la apelación que fuera interpuesta por la actora y, por ende, confirmó en su totalidad lo resuelto oportunamente por el juez de Grado.

(*) Juez Civil y Comercial de la ciudad de Rosario. Profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Cíviles y Comerciales Parte General y Parte Especial en la UCA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Director de la Carrera de Especialización en la Magistratura (UCA). Director del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe. Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor.

(**) Abogado. Graduado con Diploma de Honor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Presidente del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Pergamino.

La controversia se suscitó entre tres personas jurídicas a raíz de un incumplimiento contractual en torno a una compraventa. Según los antecedentes que enuncia el fallo, la sociedad “Blue Star Company SA”, en su carácter de compradora, había celebrado con la empresa “Oficent SRL” (la vendedora) un contrato de compraventa cuyo objeto consistía en la adquisición de diferentes muebles de la marca “Tempo”; los cuáles eran fabricados por “Industria Solano SA” quien sería, a su vez, titular de la referida denominación marcaria.

Ante el incumplimiento del vendedor, “Blue Star Company SA” entabló demanda en los términos de los arts. 10 bis y 40 de la ley 24.240 (en adelante también LDC) y reclamó la resolución del contrato, el reintegro de todo lo abonado con más el rescarcimiento por los daños y perjuicios irrogados tanto contra “Oficent SRL” como contra la fabricante de los muebles. Por su parte “Industria Solano SA”, al contestar la demanda, opuso la defensa de falta de legitimación pasiva por entender que ella era ajena al conflicto dado que no había celebrado contrato alguno con “Blue Star Company SA” y, al mismo tiempo, solicitó el rechazo de la pretensión.

A su turno, el fallo de primera instancia hizo lugar en forma parcial a la demanda entablada por “Blue Star Company SA” y condenó a “Oficent SRL” aunque rechazó el reclamo contra “Industria Solano SA”. Sobre este punto el juez de grado acogió la excepción de falta de legitimación pasiva y, al mismo tiempo, consideró que no habría existido entre las partes una relación de consumo.

Lo resuelto en la sentencia de grado motivó la queja de Blue Star Company SA por lo que la recurrió y solicitó la extensión de la condena al citado fabricante. En su recurso la actora se agravio que la resolución de primera instancia no hubiera calificado a la relación subyacente como de consumo. En este sentido, “Blue Star Company SA” aseveró que ella había adquirido los muebles de marras como destinataria final, razón por la cual debía ser calificada como consumidora. Además, entendió que “Industrias Solano SA” encuadraba dentro del concepto de proveedor dado su rol de fabricante de los muebles de la marca “Tempo”. Que, a su vez, “Oficent SA” actuaba como distribuidora oficial de dicha marca y que, a raíz del incumplimiento contractual incurrido por esta última, la responsabilidad debía extenderse a todos los integrantes de la cadena de comercialización en virtud de los términos del art. 40 de la LDC.

II. La sentencia de Cámara

Tal cual lo anticipamos al comienzo de estas líneas, el Tribunal de Alzada, con el voto de la Dra. Villanueva al que adhirió su colega, rechazó la apelación y al mismo tiempo confirmó la sentencia de grado con costas a cargo de la recurrente. Al respecto, el fallo consideró que en el *sub examine* no resultaba aplicable el art. 40 de la LDC lo que, a su entender, tornaba “abstracto expedirse acerca de si la actora es o no consumidora”.

Asimismo, la Alzada señaló que el referido art. 40 solo resulta aplicable cuando el daño al consumidor se producía a raíz de un “vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”, y no ante un mero incumplimiento de la relación personal que existía entre la compradora (Blue Star Company SA) y la vendedora (Oficent SRL).

III. Una relevante omisión de la sentencia

Previo a todo consideramos que el decisorio que motiva este comentario ha guardado silencio sobre un núcleo gravitante para la solución de esta controversia: determinar si, realmente, existía una relación de consumo entre las partes, y, por ende, si “Blue Star Company SA” podía ser considerada consumidora en los términos del art. 1° de la LDC y 1092 del Cód. Civ. y Com.

Al respecto, no compartimos el criterio expresado por la Alzada cuando señala que “es abstracto expedirse acerca de si la actora es o no consumidora, toda vez que, aun cuando se le otorgara razón en este aspecto, ello no la autorizaría a reclamar el pago del crédito en los términos del art. 40 de la LDC”. Creemos que el razonamiento del Tribunal debería haber sido inverso. Es decir que la Sala debería haberse expedido, de manera preliminar, si se estaba o no frente a una relación de consumo; para luego introducirse en el análisis acerca de la procedencia del art. 40 de la LDC o, en su defecto, que normativa correspondía aplicar. Sobre este punto no debemos soslayar que la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces en virtud del principio *iuria novit curia*, con abstracción de las alegaciones de las partes y ello no afecta al principio de congruencia y defensa en juicio, pues a los jueces les corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieren invocado las partes, en tanto no alteren los hechos (1). Por

(1) Al respecto, ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiteradas oportunidades “según el principio *iuria novit curia*”, la aplicación e interpretación de las normas legales pertinentes queda reservada a los jueces con abstracción de las alegaciones de las partes, es decir que los magistrados pueden enmendar el derecho mal invocado y suplir el omitido, y esto hace que sea necesario pronunciarse acerca de cuál es la ley aplicable al caso. Ello es así sin infracción al principio de congruencia y de defensa en juicio, puesto que es a los jueces a quienes corresponde calificar jurídicamente las circunstancias fácticas con independencia del derecho que hubieran invocado las partes, en tanto y en cuanto, no alteren los hechos o se tergiverse la naturaleza de la acción deducida” (SCBA, LP C 121.688 S 06/11/2019, Daix, Isaac José c. Gorosito, Mónica Beatriz. Daños y perjuicios; C. 118.128, “Rearte”, sent. de 08/04/2015; conf. doct. causas C. 90.993, “L., R.”, sent. de

ende, la omisión incurrida por el Tribunal nos priva del desarrollo de una cuestión medular, la cual debería haber sido merituada como punto de arranque en el razonamiento del decisorio: la posibilidad de que la persona jurídica sea calificada como consumidor, especialmente cuando dicha regulación (como el mismo art. 65 de la LDC lo señala) es de orden público.

Entendemos que la determinación de la aplicación o no del régimen de defensa del consumidor es una de las primeras tareas que debe efectuar el juzgador, tanto al momento de tramitar el proceso [con la debida prudencia a fin de que ello no implique incurrir en el riesgo de adelantamiento de opinión y por tanto la violación del debido proceso (2)], como también al momento de sentenciar.

Y es que, de admitirse la aplicación del régimen tuitivo entrarán en juego una serie de principios y soluciones propias y específicas de este (3), en razón de la existencia de un micro-sistema jurídico en el ámbito del consumo, formado por “pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el

05/04/2006; C. 105.173, “Bonacalza”, sent. de 02/05/2013 y C. 116.712, “Sociedad Comercial del Parque SA”, sent. de 04/03/2015).

(2) En este sentido, se ha entendido (por ejemplo) que el otorgamiento del beneficio de gratuidad establecido en el art. 53 de la ley 24.240, a fin que no se reponga la tasa de justicia (o sea con puro impacto fiscal) no prejuzga en orden a una defensa de inexistencia de un contrato de consumo y/o de condición de consumidor, cuestión que tendrá una específica respuesta de fondo en la sentencia definitiva (CNCom., sala D, 03/04/2018, “P, F. P. y otro c. Banco Superviellie SA s/ ordinario”, Cita Online: AR/JUR/9054/2018).

(3) QUAGLIA, Marcelo C., “El desequilibrio relacional y el orden público económico de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza. La equidad en el ámbito del Derecho del Consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), “Tratado de Derecho del Consumidor”, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 290.

consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado)” (4).

Asimismo, en nuestros días, este micro-sistema se inserta en un régimen acertadamente calificado como de “plurijuridismo”, donde se produce el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o “pluralismo jurídico”, que consiste en “...la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos” (5), debiendo ponderarse la Constitución Nacional (así como las Convenciones Internacionales vinculadas que la integran), el Código Civil y Comercial, la ley 24.240, y demás normas que componen el régimen, acudiendo al llamado diálogo de las fuentes para lograr la solución más justa en el caso concreto, a través de la tutela de las disposiciones que surgen en los tratados sobre derechos humanos (art. 2º, Cód. Civ. y Com.) y el principio de interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3º y 37, ley 24.240 y arts. 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com.).

Conforme dichas consideraciones es tarea del Juzgador determinar preliminarmente la subsunción, o no, de los hechos al régimen especial de tutela.

IV. La relación de consumo

Es dable recordar que el eje del sistema de tutela al consumidor se fundamenta y consolida alrededor del concepto de relación de consumo. Definen la ley 24.240 (art. 3º) y el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1092) a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, en una noción que excede el contrato de consumo y se

(4) NICOLAU, Noemí L., “La tensión entre el sistema y el micro-sistema en el Derecho Privado”, en Revista de Estudios del Centro, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, N.º 2, 1997, p. 80.

(5) NICOLAU, Noemí L., “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en AL-TERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), “El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 423.

alineada con lo dispuesto por el art. 42 de la CN [norma que receptara en primer lugar el término en la reforma de 1994 consagra los llamados derechos fundamentales de los consumidores en el marco de la relación de consumo (6)]. Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires la relación de consumo se encuentra consagrada en el art. 38 de la Constitución Provincial.

Se ha destacado en tal sentido que de esta manera las normas reconocen que la cadena de comercialización que se articula en una economía de mercado no tiene como única causa fuente el contrato, sino también hechos o actos jurídicos mediante los cuales una persona “cierra” el circuito productivo (7). Dicha concepción es ratificada por el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 1° al establecer, de manera clara y explícita, que “la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Tiene como fuente un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica de *marketing*. Puede resultar de la tipificación legal, de la voluntad individual, o inferirse a través de la interpretación judicial”.

El derecho del consumidor gira en derredor de la relación de consumo. Justamente, frente a esta noción jurídica actúa todo el marco protectorio del Estatuto del Consumidor previsto tanto en la ley especial que rige la materia como en los principios tuitivos que consagra el Código unificado y demás normas complementarias. De esta manera, Gonzalo Sozzo explica que “el Derecho del Consumidor, valiéndose de normas de orden público, ha edificado una relación jurídica particular, que no es otra que la relación de consumo, cuya estructura se construye sobre el presupuesto de hecho que importa el consumo como fenómeno o acto social” (8).

(6) Así lo destaca STIGLITZ, Gabriel en “Los principios del Derecho del Consumidor y los Derechos Fundamentales”, en Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I, Stiglitz - Hernández (directores), La Ley, Bs. As, 2015, p. 309.

(7) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María C., “El consumidor en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-E, 711.

(8) SOZZO, Gonzalo, “El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo”, en Revista de

En este sentido, podemos señalar que el Derecho de Consumidor tiene la particularidad de efectuar un corte transversal sobre las diferentes ramas de nuestro derecho, por lo que su campo de aplicación es sumamente amplio (9). Como bien señala Lorenzetti, “siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor debe comprender todas las situaciones posibles” (10).

En dicha interacción, a su vez, las normas que conforman el Estatuto del Consumidor deben amalgamarse en una interpretación coordinada, sistémica, con aquellas que regulan otros institutos jurídicos como, por ejemplo, la conexión contractual.

Asimismo, la relación de consumo posee elementos objetivos subjetivos y teleológicos que la distinguen dentro del género de las obligaciones. Como elemento objetivo se encuentran los denominados “bienes o servicios de consumo”. Como elemento subjetivo aparece la noción de consumidor o usuario (sujeto activo de protección), por un lado, y la de proveedor (sujeto pasivo), por el otro. En cuanto al elemento teleológico lo constituye el “destino final” a satisfacer con el acto de consumo (11).

IV.1. El elemento tipificante de la relación de consumo: el consumo final

Tanto la Ley de Defensa del Consumidor (art. 1°) como el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1092) consideran consumidor a la persona (humana o jurídica) que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios

Derecho privado y comunitario, 2009-I, ps. 367 y ss.; ver también SCBA, 01/04/2015, causa C. 117.760, “G., A. C. c. ‘Pasema SA’ y otros. Daños y perjuicios”.

(9) QUAGLIA, Marcelo C. - MENOSSE, Lucas, “Transversalidad del Derecho de Consumo. Un fallo señero”, LA LEY, 2017-C, 252.

(10) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2009, 2a ed., p. 74).

(11) RUSCONI, Daniel D., “La noción de consumidor en la nueva ley”; Número Especial Régimen de Defensa del Consumidor —Análisis de su reforma—. JA, 2008-II, p. 15.

como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (12).

Prima facie podemos observar que, el elemento fundamental que determina el concepto de consumidor tanto en la ley 24.240 como en el Código Civil y Comercial está ligado a la noción de acto de consumo. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española que brinda la Real Academia Española, “consumir” en sus dos primeras acepciones, implica 1. “Destruir, extinguir” y 2. “Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos”.

Se desprende tanto del texto legal del art. 1° de la LDC como del art. 1092 del Cód. Civ. y Com. que el legislador tomó como elemento gravitante para ser considerado consumidor un criterio teleológico o finalista; es decir que el acto de consumo es el acontecimiento mediante el cual una persona humana o jurídica adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes y servicios como destinatario final en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

V. La persona jurídica como consumidora de bienes o servicios. Criterios para tener en cuenta

Como puede advertirse de lo reseñado, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser consideradas consumidoras. Al respecto se ha planteado que el carácter de consumidor o usuario (13) es aplicable a las personas jurídicas, públicas o privadas, persigan fin de lucro o no, con una postura teleológica (consumo fi-

nal), donde para poder acceder a este régimen de tutela, no debe integrar, el bien o el servicio, a su cadena de comercialización, ni siquiera de manera indirecta (14). Conforme a este criterio, el destino final supone retirar el producto del mercado, dándole fin a su vida económica (destino final fáctico), destinándolo a un uso privado, doméstico o no profesional (destino final económico).

Atento a lo expuesto, la integración del bien o el servicio a la cadena de comercialización será la pauta fundamental para determinar si su adquirente puede ser calificado como consumidor, independientemente de que su consumo sea materialmente final (15) (consumidor económico) o no (por ejemplo, el gas que adquiere una fábrica automotriz para utilizar en los hornos donde seca la pintura de los autos).

Ahora bien, dicha integración puede plantearse de diferentes maneras. Naturalmente, la integración directa del bien excluirá la aplicación del microsistema de consumo (compra de materia prima para fabricar su producto o adquisición de maquinaria propia o vinculada a su proceso de producción), como también la indirecta (servicio de cuenta corriente bancaria para pagar a sus proveedores, o servicio telefónico a fin de utilizar el *posnet* para el pago que efectúen sus clientes).

La cuestión muchas veces dependerá de la situación casuística, y en más de una oportunidad el juzgador deberá ponderar los rubros reclamados, ya que muchas veces el planteo de la existencia de lucro cesante indicará necesariamente que la privación de ese bien o ese servicio (al afectar las eventuales ganancias de la empresa) se vincula necesariamente (de manera directa o indirecta) con la cadena de comercialización de quien reclama.

(14) Si bien adherimos a este criterio (calificado como finalista, teleológico o subjetivo), se destacan otras dos posiciones: la maximalista u objetiva (que requiere solo que el producto o servicio “salga” del mercado, aunque se use indirectamente en la cadena de producción) y la mixta o subjetiva relacional, donde el eje central se da en la vulnerabilidad del tutelado [así lo destacan CHAMATROPULOS, Demetrio A. - NAGER, María A., “La empresa como consumidora”, DCCyE, 2012 (abril), p. 117].

(15) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Rubinza-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 104.

(12) Asimismo, el Código Civil y Comercial extiende los efectos del microsistema del consumo a aquellos expuestos a una relación de consumo en materia de información, prácticas abusivas y publicidad (art. 1096 Cód. Civ. y Com.).

(13) Usualmente se utiliza el término consumidor de manera genérica y omnicompreensiva, incluyendo no solo a los consumidores strictu sensu sino también a los usuarios de servicios. La normativa vigente, de manera apropiada, los pone en un pie de igualdad al referir en su definición a consumidores y usuarios. Ello resulta más que razonable, especialmente si ponderamos que, en los últimos años, el concepto de servicio crece y se desarrolla de manera exponencial, ocupando roles preponderantes (CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Estatuto del consumidor comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 1, comentario al art. 1°).

Se ha postulado, con buen tino, aplicar en estas hipótesis un criterio similar a lo normado por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo a fin de determinar la existencia (o no) de solidaridad laboral: así, si el bien o el servicio adquirido (aun accesorio) son esenciales para el cumplimiento del objeto social o bien, para ser más específicos, para la actividad principal que desarrolla la empresa (16), no podrá invocarse el especial régimen de tutela.

Por consiguiente, podrán ser consideradas consumidoras aquellas personas jurídicas que contratan o adquieren (a título gratuito u oneroso) bienes o servicios *que no coadyuvan a la consecución de su objetivo empresarial*.

De esta manera, si el bien o el servicio contratado no coadyuva o no se integra a la actividad normal y específica del establecimiento la persona jurídica que lo contrata podría, en principio, ser considerada como una consumidora o usuaria de este y, por lo tanto, encontrarse protegida bajo el paraguas de la ley 24.240 y modificatorias y de los arts. 1092 y ss. del Cód. Civ. y Com.

Otra situación que puede configurarse es la existencia de un destino mixto del bien o servicio adquirido (integración parcial), el cual no

solo se integra a la cadena de comercialización, sino que además es utilizado con un destino final (por ejemplo, la compra de un vehículo que se vincula con el proceso de la empresa, pero utilizado en forma personal por el dueño de la compañía los fines de semana). En tales supuestos consideramos que, ante los criterios interpretativos del régimen de tutela al consumidor (especialmente los arts. 3º y 27 de la ley 24.240, y 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com.), deberá admitirse tal carácter al reclamante.

V.1. La persona jurídica consumidora y su acreditación en el proceso judicial

Ya hemos visto que la persona jurídica puede quedar comprendida en el concepto de consumidor, evidenciándose ciertos claroscuros cuando esta tiene, además, la condición de comerciante o un fin de lucro. En tal sentido Chamatropulos señala que, si bien el régimen de tutela apunta fundamentalmente a las personas físicas, no excluye *a priori* a las personas jurídicas, aunque a estas les resultará un tanto más dificultoso en los hechos demostrar que constituyen un sujeto tutelable (17).

No debe perderse de vista que el régimen de tutela de los consumidores debe considerarse como restrictivo y de excepción. Por ende, la interpretación que se haga del supuesto de hecho en concreto debe estar teñida de dicho criterio. De esta forma se procura evitar arribar a un efecto expansivo del microsistema que desvirtúe sus fines. En tal sentido, debe soslayarse la aplicación analógica de las normas a supuestos de debilidad excluidos de la tutela (vínculo entre dos proveedores donde se evidencia un claro desequilibrio —empresa multinacional que se relaciona con una PyME, por ejemplo—). Tales situaciones no deben llevarnos a una aplicación inapropiada de este régimen: llevar la protección consumeril a otras relaciones de poder y fuerza no solo atenta contra el sentido de la norma, sino que genera un mensaje social y comercial muy negativo (18).

(16) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Estatuto del consumidor comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 1, comentario al art. 1º. En tal sentido, también reviste importancia algunos conceptos característicos de la jurisprudencia laboral, en relación con el art. 30 LCT, que bien podría ser trasladados a nuestra materia. Tomando tales criterios podemos señalar que no importa si el bien o servicio adquirido por la persona jurídica resulta principal o accesorio para que esta pueda ser considerada como consumidora. Lo que hay que determinar, en cada caso, es si la contratación de dicho bien o servicio se encuentra integrada de manera permanente al proceso productivo a los efectos que permita obtener el logro de los fines empresariales. Por ende, quedarán abarcados dentro del concepto de consumidor aquellas personas jurídicas que adquieran bienes o servicios secundarios que “no colaboran directamente a la consecución del objetivo empresarial”. Tal ha sido el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en materia laboral cuyas enseñanzas bien podría ser consideradas como una guía a seguir para interpretar, en cada caso, situaciones conflictivas en torno a este tema (vgr. podemos citar las Causas L 48.002, sent. 08/09/2012; L 76.392, sent. del 28/05/2003; L 76.880 sent. 17/08/2003 entre otros).

(17) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Estatuto del consumidor comentado”, ob. cit., t. 1, comentario al art. 1º.

(18) BARRY, Luis D., “¿Empresa consumidora?”, RDCO 296-779.

En definitiva, si bien el afán de lucro no puede considerarse un obstáculo para ser calificado como consumidor (19), la admisión de la calidad de consumidor de una persona jurídica con fines de lucro (de carácter comercial) debe admitirse restrictivamente. En tales supuestos la persona jurídica que pretenda ser considerada como consumidora deberá correr con la carga de la prueba tendiente a demostrar dicho carácter (20).

A tales efectos el objeto societario de una persona jurídica puede ser un elemento de prueba que tienda a considerar cual es la actividad normal y específica del establecimiento. En este sentido, si bien es cierto que la realidad práctica nos enseña que, en ocasiones, el objeto societario puede ser amplio, tal circunstancia no debería ser considerada como un obstáculo para que la empresa pueda acreditar su carácter de consumidora valiéndose de otros elementos de prueba. En tales supuestos, por ejemplo, podría ser útil una prueba informativa dirigida a los organismos fiscales en el cual surja cual es de la actividad en la que se encuentra otorgada el alta impositiva de la persona jurídica a fin de determinar la actividad principal de la empresa. Tal circunstancia permitirá cotejar si el bien o el servicio contratado por la persona jurídica se vincula de manera directa o indirecta con su actividad, es decir, si se encuentra integrado o no a su proceso productivo. Naturalmente ello podrá ser utilizado como una presunción, a la que deberán adicionarse otros elementos de prueba, que nos permitan concluir si la persona jurídica es o no consumidor. Justamente, en

esa línea, otro elemento de prueba a considerar podrían ser los informes que brindan los organismos de contralor (tales como las constancias de habilitación municipal) que nos da un marco de referencia acerca de la actividad que desarrolla el ente. Dicho material probatorio se puede complementar con otros medios tales como la pericial contable, etcétera.

Asimismo, creemos que la verificación de los presupuestos para considerar a una persona jurídica como consumidora no puede tenerse por demostrados, exclusivamente, con la producción de la prueba testimonial. La declaración de testigos, por sí sola, es insuficiente si no va acompañada con otros medios de prueba tales como la informativa, documental o la pericial contable.

De esta forma, en lo que respecta a la actividad probatoria, podrían originarse una serie de indicios, lo que, junto a otras presunciones graves, precisas, plurales y concordantes, resulten suficientes para generar la convicción (al menos preliminar ya que la contraparte puede contrarrestarlas con otros elementos probatorios) que estamos frente a una consumidora y, por lo tanto, frente a una relación de consumo. En efecto, quien resulte legitimado pasivo de dicho reclamo deberá tender a desvirtuar tales presunciones a fin evitar que la relación jurídica se encuentre encuadrada bajo el paraguas protector del microsistema consumeril (21).

VI. La responsabilidad derivada del incumplimiento y el rol de los diversos integrantes de la cadena de comercialización

Tal es la otra temática que pretendemos abordar con relación al fallo objeto de este comentario: analizar cómo juega la responsabilidad de los proveedores frente al incumplimiento contractual, dentro de un sistema de distribución comercial, cualquiera sea su fuente, cuando se configura una relación de consumo. Este tema tiene un evidente interés práctico por cuanto el Tribunal adhiere a una aplicación restrictiva del art. 40 de la LDC al señalar que este

(19) No importa que el consumidor tenga tal finalidad, pues es evidente que en toda operación de consumo se busca satisfacer una necesidad u obtener un beneficio. De lo contrario, debería excluirse de la protección a toda operación financiera pasiva (por ejemplo, la afectación que hace el consumidor de una suma de dinero a plazo fijo), lo que es improponible. (CNCom., sala B, 17/10/2019, "ACYMA Asoc. Civil c. Portfolio Personal SA y otros s/ Ordinario", LA LEY, 2019-F, 535, Cita Online: AR/JUR/32582/2019).

(20) Ver art. 375 Cód. Proc. Civ. y Com. y del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Buenos Aires. Esta es una nota distintiva de la persona jurídica como consumidora que se diferencia con la persona humana. Es que, en estos casos, por principio, cuando el reclamo lo realiza la persona humana, la calidad de consumidora de esta última se presume.

(21) QUAGLIA, Marcelo C., "La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente", LA LEY del 09/10/2019, 12, AR/DOC/3104/2019.

solo sería aplicable cuando nos encontramos en presencia de “vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”. La tesis expuesta por el Tribunal conlleva a que dicha regla normativa no se aplicaría ante supuestos de incumplimiento contractual. La cuestión no resulta baladí por cuanto, como veremos en los párrafos subsiguientes, dicho criterio se encuentra presente también en otras jurisdicciones tales como en la Provincia de Buenos Aires.

En el caso, a raíz del incumplimiento contractual, la actora pretendía, sobre la base del art. 40 de la LDC, extender la responsabilidad a la empresa fabricante de los productos; y la fabricante, amparándose en el efecto relativo de los contratos (22), opuso la defensa de falta de legitimación pasiva alegando su supuesta ajenidad al negocio de compraventa; por lo que, a su entender, los efectos derivados de dicho incumplimiento no deberían serle trasladados a su persona.

Los términos del fallo nos impulsan a analizar algunos aspectos relevantes acerca del marco normativo que resultaría aplicable ante el supuesto incumplimiento del proveedor contractual frente a una relación de consumo y, en su caso, la posibilidad de extender la responsabilidad derivada de dicho incumplimiento a los diversos integrantes de la cadena de comercialización que no contrataron ni tuvieron contacto directo con el consumidor.

Comprenderá el lector que el tema bajo análisis reviste interés práctico máxime si se toma en cuenta que en algunas jurisdicciones (como ya hemos destacado), como es el caso de la Provincia de Buenos Aires, se impone un criterio restrictivo en relación con la aplicación de dicha norma. Sobre este punto debemos señalar que, según la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la extensión de la responsabilidad que menciona el art. 40, LDC, en principio, solo se tornaría operativa en los supuestos de “defecto o vicio del producto o servicio”, pero no cuando nos encon-

tramos frente al mero incumplimiento contractual (23).

De esta forma, la aplicación del art. 40, LDC parte de la base de que la responsabilidad solidaria es de interpretación restrictiva, y que solo puede nacer dentro del marco de la ley o del contrato, por lo que no resultaría legítimo extenderla de manera analógica a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados.

Sin embargo, una lectura apresurada de los precedentes referidos en la nota 23 de este trabajo podría llevar a conclusiones equivocadas e injustas. Bajo ningún punto de vista puede considerarse que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. haya consagrado un “*bill de indemnidad*” hacia las empresas fabricantes

(23) Ello se manifestó de manera particular en algunos precedentes vinculados a la compraventa de automóviles 0 km, dentro del sistema de concesión comercial, en donde los consumidores, a raíz del incumplimiento incurrido por las empresas concesionarias, pretendían extender sus reclamos hacia los demás integrantes de la cadena de comercialización (vgr. terminales automotrices fabricantes o importadores). Tal ha sido el criterio señalado por el Máximo Tribunal de Justicia bonaerense a partir de la causa C. 93.038, “García, Manuel Emilio c. Hyundai Motor Argentina SA. Resolución de contrato y daños y perjuicios” de fecha 13/06/2007; en donde la Suprema Corte Bonaerense rechazó la aplicación del art. 40 de la LDC en los siguientes términos: “resulta evidente el error en que incurriera el tribunal de grado al asimilar la pretendida responsabilidad de la empresa concedente por el incumplimiento del concesionario de la entrega de unidades de la que le cabe como fabricante por la calidad de sus productos. Atribuir responsabilidad a la concedente por la falta de entrega de los vehículos enajenados, por cuenta y a riesgo propio de la concesionaria, sin que se hubiere demostrado en el sub discurso un obrar antijurídico de la primera, que habilite su condena en los términos del art. 1109 del Código Civil, ni la concurrencia de los supuestos en que rige la garantía legal prevista por la ley 24.240, como lo ha hecho el a quo, no es congruente con la correcta interpretación de las normas legales aplicadas. Por ello, en el presente caso, la decisión impugnada no comporta una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa” Asimismo, es dable destacar que dicho criterio ha sido reiterado por el Superior Tribunal de Provincia en términos similares en los precedentes Causa C. 105.173, 02/05/2013, “Bonacalza, Carlos J. c. Fiat Auto de Argentina SA y otro” y Causa C 116.878, 18/06/2018 “Iarritu, Marcos Gabriel c. ‘Peugeot Citroën Argentina SA’ Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual”.

(22) Ver arts. 1021 y 1022 del Cód. Civ. y Com.

o hacia los demás integrantes de la cadena de comercialización. La única conclusión que se desprende de dicha doctrina legal es que el art. 40 de la LDC no sería aplicable a las situaciones reseñadas (24) pero ello no habilita señalar que las empresas que forman parte integrante del sistema de comercialización se encuentren libres de responsabilidad. Además, como bien enseña Hitters: “No será pueril reiterar que, como con buen tino ha remarcado la Corte bonaerense, para que se considere aplicable la doctrina legal admitida por ella, debe haber identidad entre la situación fáctica y jurídica del juicio antecedente que se invoca como sostenedor de la doctrina, y la del que se ha pretendido

(24) Al respecto veremos que, un argumento que sirve para descartar la tesis expuesta a partir del citado fallo de la causa C. 93.038, “García, Manuel Emilio c. Hyundai Motor Argentina SA. Resolución de contrato y daños y perjuicios”, es que en dicho precedente no se discutió la responsabilidad del concedente desde el ángulo de la concurrencia y la conexidad contractual, sino que se lo hizo desde el ámbito del art. 40 de la LDC. Sin embargo, cuando se planteó el tema desde el ámbito de la conexidad contractual, la Suprema Corte Provincial extendió la responsabilidad hacia la concedente a raíz de la falta de entrega del vehículo por parte del concesionario en perjuicio del consumidor, al señalar que: “...la inexistencia de dependencia entre concedente y concesionario no implica la ausencia de conexidades contractuales que puedan derivar responsabilidad por el actuar de alguno de ellos...”, la sentencia ha desarrollado con solvencia el fenómeno de la conexidad contractual, recuperando en el caso el sentido general del negocio a pesar del fraccionamiento de los diferentes contratos que lo conforman. Desplazó así la idea de cada convención como fenómeno aislado y discontinuo. Instaló la cuestión en el terreno del Derecho del consumo y descansó sólidamente en el principio de buena fe (art. 1198 Cód. Civil). En esas condiciones, llevó a cabo una interpretación que el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, de 1999, ha definido así: ‘Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación’ (art. 1030). Se ha considerado adecuadamente, entonces, el contexto que forman los distintos elementos del sistema, teniendo en cuenta además que este universo incluye en su tramo final a un consumidor. De allí la natural aplicación de las normas de la ley 24.240, entre otras, la regla a favor de este”. (SCBA, 15/04/2009 causa C. 100.249, “Quadro, Roberto c. Abdala Auto SA. Daños y perjuicios”). Note el lector que en el fallo aquí citado la Suprema Corte se refirió al art. 1030 del Proyecto de 1998, el cual se encuentra reproducido en el nuevo Digesto en el art. 1074 Cód. Civ. y Com.

hacer valer” (25). Y, dado que, como ha dicho también la Suprema Corte Provincial, “la doctrina legal es la que emana del propio texto legal en su debida inteligencia” (26) es menester replantear el tema de la responsabilidad de los diferentes integrantes de la cadena de comercialización sobre la base del nuevo marco jurídico vigente, v.gr. el de la conexidad contractual, e interpretarlo de manera coordinada con las normas y principios que rigen en materia de Derecho del Consumidor, así como los principios constitucionales (art. 42, CN) y los tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (art. 1º, Cód. Civ. y Com.) (27) que rigen la materia. Dicho criterio de interpretación se sustenta en el llamado diálogo de fuentes, donde conforme cada caso concreto las normas no se excluyen entre sí, sino que procuran interactuar y/o dialogar con miras en la tutela de la persona humana, conforme los principios constitucionales y los Tratados de Derechos Humanos (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.) (28).

De esta manera, nada impide que la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual sea extendida a los demás integrantes de la cadena de comercialización sobre la base

(25) HITTERS, Juan C., “Técnica de los Recursos Extraordinarios y Casación”, LEP, La Plata, 1998, 2a ed., p. 339.

(26) HITTERS, Juan C., “op. cit.”, LEP, La Plata, 1998, p. 336.

(27) Tema sobre el que ahondaremos infra.

(28) Esta integración es respetada en un texto superrador (en comparación con el art. 3 de la LDC) por el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor; “Art. 28. Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo con los principios que lo rigen” (<https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2576.19/S/PL>).

de la concurrencia. Por ende, sostenemos que en los supuestos donde se demanda un incumplimiento contractual, la extensión de la responsabilidad podría provenir de la concurrencia y de la conexidad contractual, tal como lo desarrollaremos a continuación.

VI.1. Las nociones de solidaridad y concurrencia

Previo a todo, consideramos menester tratar de repasar algunas nociones sobre las obligaciones solidarias y las concurrentes.

Las obligaciones solidarias son aquellas obligaciones pluripersonales en las que cada acreedor o deudor puede exigir o cumplir la totalidad de la prestación debida. Tienen una estructura coligada que produce que lo que suceda a uno de los vínculos se propague en principio a los demás vínculos paralelos. Los elementos de la figura son: pluralidad de sujetos, causa fuente única, unidad de objeto y pluralidad de vínculos.

Como explica Llambías, en las obligaciones solidarias hay pluralidad de vínculos que relacionan a los deudores con los acreedores que hubiere. Los distintos vínculos personales que integran la obligación solidaria no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí. Están concentrados o coligados, en cuanto convergen en un haz que infunde a la obligación una estructura unitaria: lo que acontece a uno de los vínculos se propaga, en principio a los demás vínculos paralelos. En la solidaridad, los vínculos jurídicos provocan un frente común de acreedores o deudores (29).

(29) LLAMBIÁS, Jorge J., “Manual de Derecho Civil. Obligaciones”, Perrot, Bs. As. 1991, Novena Edición, ps. 307/08. En la p. 308 el mencionado jurista señala: “Para explicar esa propagación de efectos entre los distintos vínculos integrantes de la obligación solidaria se acude a la idea de representación: la energía jurídica que brota del título creador de la solidaridad suscita un frente común de acreedores o deudores. De ahí que lo que haga alguno de los integrantes del frente en cuanto tal, es decir en lo concerniente al dinamismo ordinario de la obligación, se impute a los demás cointerésados. Es que, frente a la otra parte de la relación jurídica, cada acreedor o deudor inviste dentro de ese marco, la representación de ese interés comunitario que está en la base de la solidaridad, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que

Las obligaciones concurrentes, en cambio, son aquellas que tienen un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor (30).

Es dable destacar que tanto la solidaridad como la concurrencia no se presumen. Sus títulos emanan de la ley o del acto constitutivo de la obligación (31).

VI.2. La noción de proveedor

Ya hemos reseñado que la relación de consumo implica el vínculo entre el consumidor y quienes ostentan el carácter de proveedores. Al respecto es dable destacar que en nuestro ordenamiento jurídico la noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta de productos y servicios en el mercado (32). A título de ejemplo, y tomando como base el caso que motiva esta nota, en un conflicto suscitado a raíz de una compraventa de un conjunto de muebles, si el comprador ostenta las características del arts. 1º y 1092 del Cód. Civ. y Com., será considerado consumidor, mientras que el rol de proveedores lo ocuparán los demás integrantes de la cadena de comercialización (vgr. el vendedor, el distribuidor, el importador, el fabricante, quien hubiera puesto su marca en el producto o servicio —calificado como fabricante putativo (33)—, etcétera).

corresponde en las relaciones de los cointerésados entre sí. Aunque no hay mandato entre ellos su representación recíproca está en la lógica de su interdependencia”.

(30) Ver art. 850 del Cód. Civ. y Com.

(31) Art. 828 y art. 852 del Cód. Civ. y Com.

(32) Como explica el Dr. Carlos A. Hernández, citando a Lorenzetti: “La noción de proveedor se separa de las tradicionalmente utilizadas en el Derecho Privado: comprende a todos los que ofrecen” (ver comentario al art. 1094 del Cód. Civ. y Com. efectuado por HERNÁNDEZ, Carlos A. en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. LORENZETTI, Ricardo L. —Director—, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. VI, p. 235).

(33) Término receptado doctrinaria (QUAGLIA, Marcelo C., “La publicidad. Su relevancia en supuestos de conexidad contractual”, LA LEY, 23/04/2019, 1, Cita Online: AR/DOC/919/2019) y jurisprudencialmente (<https://www.errei.us.com/Jurisprudencia/documento/20160913104048740>. Cita digital: IUSJU009759E).

De esta forma, la LDC engloba bajo la denominación genérica de “proveedor” a todos los sujetos que integran la denominada “cadena de comercialización”, conformada por quienes intervienen en el ciclo económico del bien. De esta manera dicha norma obliga conjuntamente a quienes realicen estas actividades a respetar todos sus preceptos, sin que corresponda al consumidor identificar en la relación concreta, cuál de ellos es el responsable material o directo de su afectación.

Al respecto es dable destacar que, en la parte final del primer párrafo del art. 2° de la LDC, se impone: “Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”. Como bien explica la doctrina especializada: “Es de destacar que la responsabilidad de los proveedores integrantes de la cadena de comercialización es intrínsecamente concurrente en todos los supuestos y respecto de todas las cargas que derivan de la LDC y no solamente en los casos de que expresamente ha sido establecida la ‘solidaridad’ en la ley (garantía legal y responsabilidad por daños). Dicho en otras palabras, la cadena de comercialización se estructura, desde la óptica del consumidor, como un todo frente al cual son exigibles sus derechos, sin importar qué tipo de vínculo lo liga con cada uno de sus integrantes ni que relaciones existen entre ellos. Así lo indica la hermenéutica general del sistema protectorio, que específicamente ha sido plasmada en la última oración del párr. 1° art. 2°, que dice: Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley” (34).

VI.3. La interacción de las nociones analizadas: la calidad de comerciante autónomo como exigente de responsabilidad. Interpretación coordinada y sistémica de normas (diálogo de fuentes) y un nuevo instituto receptado por el Código Civil y Comercial: la conexidad contractual

Amén de la ya referida integración de normas a través del llamado diálogo de fuentes, en la interpretación conjunta del sistema debe primar el método lógico jurídico, confrontando el precepto con el resto de las normas (en sentido amplio) que integran el ordenamiento jurídico-

co. En dicha integración debe imperar la presunción de coherencia que reina en el sistema normativo, procurando que las disposiciones armonicen entre sí y no produzcan choques, exclusiones o pugnas entre ellas.

En toda esta tarea interpretativa debe tenerse como horizonte último la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte (art. 1°, Cód. Civ. y Com.). Cabe recordar en este aspecto (como ya se ha señalado) que el art. 42 de nuestra Carta Magna consagra los derechos fundamentales de los consumidores, así como que no debe dudarse en calificar los derechos de los consumidores como derechos humanos (35) y que, pese a no existir una referencia directa a los derechos del consumidor dentro de los tratados internacionales de derechos humanos, estos integran los derechos económicos y sociales a que refiere el cap. III de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su art. 26, pudiendo entonces derivarse de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA, no siendo esta la única fuente convencional que aborde dicha materia (36).

A lo reseñado cabe adicionar que la ley 24.240 ostenta el carácter de orden público y sus normas resultan de aplicación imperativa. En este sentido resulta útil recordar lo expuesto *supra* en lo relativo a como se conjugan tanto el art. 3° como el art. 65 de la LDC. Sobre este punto en particular la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado, como doctrina legal, la preeminencia de las normas protectorias que amparan al consumidor frente a cualquier otra norma o criterio de derecho

(35) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, JA, 2017-III, 1341.

(36) También pueden considerarse en el tratamiento que otros organismos internacionales dedicaron al tema, por ejemplo las directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, cuya versión revisada fue aprobada el 22 de diciembre de 2015 por la Asamblea General en su resolución 70/186, entre otras normas (COURTIS, Christian, en “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”, en “Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio”, p. 389).

(34) RUSCONI, Dante D., “Manual de Derecho del Consumidor”, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2009, p. 178.

común (37). Paralelamente se consagra un concepto de proveedor deliberadamente amplio (arts. 2°, LDC y 1093, Cód. Civ. y Com.). Con lo cual, en operaciones complejas en las que intervienen varios proveedores aun cuando sea uno solo de ellos el responsable material de la violación al régimen legal, o el que se relacione directamente con el consumidor, como principio general el afectado podrá accionar contra cualquiera por la integridad de la prestación debida o incumplida (38).

Dado que todo aquel que ostente el carácter de proveedor en una relación de consumo está obligado al cumplimiento de las disposiciones que emana de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 2°, primer párr., LDC), desde el comerciante minorista hasta el fabricante responden de manera concurrente frente al consumidor. Justamente, todos los integrantes de la cadena de comercialización deben al consumidor el mismo objeto en virtud de la conexidad contractual que se enlaza en la relación de consumo.

El Derecho aprecia con frecuencia conjuntos de hechos o actos que acontecen en la realidad económico-social. Es así que, frente a la noción clásica del contrato, emerge hoy el instituto de

la conexidad contractual que, en situaciones como las del *sub lite*, pone en crisis al denominado efecto relativo de los contratos. En la figura de la conexidad contractual se expresa el enlazamiento de diferentes convenios que se ordenan sucesivamente en aras de la consecución de un fin práctico unitario, la circulación de bienes o servicios en el mercado, constituyendo estos últimos, además, el objeto mediato de los contratos relacionados (art. 1073, Cód. Civ. y Com.).

En la conexidad contractual cada uno de los contratos bien podrá presentar un objetivo concretamente identificable y hasta aparentemente autónomo, más existe un motivo generalmente recóndito o, por lo menos, diferente al de cada negocio individual, que lleva a las partes a buscar una interrelación o establecer un sistema o red para alcanzar un único y diferente objetivo al de cada negocio individual.

El sistema de distribución comercial, así entendido, se encuentra inmerso en la relación de consumo. Nuestra Constitución Nacional ha enmarcado la cláusula de protección de consumidores y usuarios dentro de la noción “relación de consumo” entendida esta como el contacto social entre consumidor y proveedor, no siendo indispensable la existencia de un vínculo contractual. Por ende, de nada sirve que el fabricante o cualquier otro empresario, no contratante directo con el consumidor, pero integrante de la cadena de comercialización, intente excusar su responsabilidad frente a un incumplimiento contractual valiéndose de la excusa que no ha celebrado contrato alguno con el consumidor; puesto que nuestro ordenamiento reconoce y amplía la protección a la relación de consumo por sobre el contrato (arts. 1°, LDC y 1092, 1094, Cód. Civ. y Com.).

Al respecto, nuestro ordenamiento prioriza la noción de “relación” por sobre la de “contrato”, con un sentido similar al existente al Derecho Laboral, lo que autoriza usualmente al consumidor a ejercer sus derechos frente a todos los integrantes de la cadena de comercialización. “La Constitución Nacional en su art. 42 se refiere a la ‘relación de consumo’ como ámbito jurídico en donde regirán las previsiones especiales para la defensa de los derechos de los consumidores. Tal terminología fue luego receptada por la Ley 26.361 que modificó la Ley de Defensa del Con-

(37) “A una segunda pauta de apreciación resulta eludible remitirse. Es la que proviene, por un lado, de lo dispuesto en el art. 3 de la ley en cuestión: ‘En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor’. Y en coordinación con ella, complementándola, la que emerge del art. 65, en cuanto dispone su carácter de orden público. La preeminencia del régimen tuitivo es manifiesta: de allí que ante cualquier colisión entre una norma o criterio de derecho común y otra que proteja a los consumidores, prevalecerá esta última, se trate de aspectos sustanciales o procesales...” (SCBA, 01/04/2015, causa C. 117.760, “G., A. C. c. ‘Pasema SA’ y otros. Daños y perjuicios”).

(38) RUSCONI, Dante D., “op. cit.”, p. 178. Lo reseñado no implica reconocer la existencia de supuesto de excepción. Así, por ejemplo, en materia de obligación de informar, todo aquello vinculado al uso apropiado del bien que deba proveerse al momento de contratar podrá reclamarse al vendedor, al fabricante, al importador, etc., pero no a aquel proveedor que, con posterioridad preste, por ejemplo, el servicio técnico de provisión de partes y repuestos (a quién si se le podrá requerir que informe el uso debido de ese repuesto, si es nuevo o usado, etc., información que naturalmente no podrá reclamarse —al menos en principio— al vendedor).

sumidor y sustituyó su art. 3°. Así, la sustitución de la noción de vínculo contractual por la de relación consumerista, en conjunto con la amplia enumeración de los primeros dos artículos de la norma, destacan la idea de una protección del cliente que excede el marco contractual, lo cual lo autoriza en muchos casos a ejercer sus derechos frente a toda la cadena de comercialización, aun contra aquellos con quienes no lo unen de forma directa un contrato” (39).

Por su parte el art. 1074 del Cód. Civ. y Com. impone una hermenéutica que pueden resumirse en el siguiente axioma: “Los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen”. De esta manera, la regla consagrada en dicha norma cala hondo en el negocio jurídico (concesión comercial como medio para lograr la venta de autos en el mercado, teniendo al consumidor final como último integrante de la cadena) en tanto evita ceñir sus fronteras de cada contrato en particular. Por ello, se recurre a las ideas de función económica y resultado perseguido como elementos para tener en cuenta por el intérprete a la hora de desentrañar el sentido y el alcance del negocio global, lo cual reenvía a la finalidad económica común, de la que da cuenta el art. 1073, Cód. Civ. y Com.

“Lo dicho explica la razón por la cual el criterio interpretativo propuesto debe ser entendido como una modernización de la regla contextual,

(39) HERNÁNDEZ, Carlos A. - PICASSO, Sebastián, “La conexidad en las relaciones de consumo”, en “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, LA LEY, 2011, T. III, ps. 484/501). En este sentido, existen algunos puntos de contactos entre el Derecho Laboral y el Derecho del Consumidor por cuanto ambos tienden a regular relaciones jurídicas asimétricas en las cuáles el ordenamiento jurídico intenta brindar una respuesta adecuada a los efectos balancear la disparidad inicial existente entre las partes. Considero que existen algunos vasos comunicantes entre el Derecho del Consumidor y el Derecho Laboral ya que ambas ramas intentan brindar una tutela judicial efectiva y diferenciada de los sujetos vulnerables dentro de sus respectivos ámbitos. Asimismo, tanto el Derecho Laboral como el del Consumidor tienen una especial trascendencia en el campo económico. Uno lo regula desde el proceso productivo que implica la relación de trabajo con sus notas típicas de subordinación técnica, económica y jurídica; mientras que el otro lo hace en el campo de la comercialización a fin de proteger al destinatario final de los bienes y servicios.

conforme esta nueva formulación, la interpretación de los diferentes contratos que forman parte del grupo de negocios conexos debe ser realizada teniendo en cuenta ese contexto, considerando la unicidad que resulta del juego armónico de los mismos. Cuando el sistema de contratos conexos se sitúe dentro del marco de una relación de consumo... el contrato que une al consumidor con el sistema o grupo deberá ser interpretado considerando las reglas hermenéuticas propias de los contratos de consumo (art. 37, ley 24.240) que mandan a interpretar a favor del consumidor...” (40).

Lo reseñado no implica desconocer el hecho que el Código Civil y Comercial, al regular la conexidad contractual ha omitido reconocer la admisibilidad de acciones directas entre el último eslabón de la cadena de comercialización (consumidor) y quienes no han sido sus contratantes directos.

De esta manera, varios argumentos se suman para entender que la acción directa resulta improcedente en el ámbito de la conexidad en forma genérica: a) el silencio de la norma en relación con esta temática; b) que el art. 736 y ss., Cód. Civ. y Com., que regulan la acción directa, plantea que dicha acción es de carácter excepcional, interpretación restringida y que solo procede en los casos previstos por la norma y; c) el conflicto del instituto con el principio de relatividad del contrato (41).

En este sentido la disposición ha sido calificada como un retroceso respecto de la tendencia jurisprudencial actual (42).

(40) Ver comentario al art. 1074 del Cód. Civ. y Com. efectuado por HERNÁNDEZ, Carlos A. en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. LORENZETTI, Ricardo L. —Director— Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. VI, p. 155).

(41) Así lo destaca ARMELLA, Cristina N., “Contratos conexos”, “Contratos conexos”, La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, p. 203.

(42) WEINGARTEN, Celia, “Código Civil y Comercial. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado. Tomo III”, directores Gherzi, Carlos - Weingarten, Celia, Nova Tesis, Santa Fe, 2015, (comentario del art. 1075).

Sin embargo, el reconocimiento de una acción directa resulta posible dentro del ámbito de la relación de consumo, a raíz de la responsabilidad concurrente que consagra el art. 2° de la LDC al señalar, en su parte final, que “[t]odo proveedor es responsable en el cumplimiento de esta ley”. Por consiguiente, cuando el sistema de distribución comercial se inserta en una relación de consumo, se consagra allí una responsabilidad concurrente hacia todos los proveedores integrantes del sistema de distribución comercial. Tal circunstancia implica que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, a favor del consumidor, la posibilidad de promover una acción directa contra el proveedor no contratante, ante una hipótesis de incumplimiento contractual (43).

Sin perjuicio de lo expuesto, existen numerosos argumentos a favor de extender el instituto de la acción directa a supuestos más allá de los establecidos en el texto legal (44), razón por la cual nos inclinamos por admitir su procedencia, ponderando principalmente que:

i) los contratos vinculados económicamente no son *res inter alios acta*, por lo que una parte de uno de los contratos no es un tercero en sus relaciones con una parte de otro contrato del conjunto;

ii) la posibilidad de admitir una aplicación analógica de los preceptos que admiten su aplicación (las acciones directas dependen de una ratio común: la conexión de relaciones jurídicas);

iii) los grupos de contratos generalmente obedecen a la existencia de grupos económicos, donde hay empresas controladas (contratante inmediato) y controlantes (contratante media-

to): quien tiene poder económico tiene responsabilidad (45);

iv) principalmente, la configuración (en el caso puntual) de una relación de consumo, configurada con las especiales características y régimen de tutela que ya hemos reseñado a lo largo de estas líneas.

Además, el argumento relevante a tal fin no es otro que el reconocimiento de la realidad en que vivimos donde el negocio ya no se limita o acota a un contrato, sino que se encuentra integrado en varios acuerdos que conllevan a ese fin último: “la conexidad dentro de un negocio jurídico constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato y posibilita la oponibilidad a terceros, otorgando acciones directas, aún en ausencia de previsión expresa” (46).

En este sentido en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995) se recomendó que “en los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha contratado con él, pero ha participado en el contrato conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento” (47) (justamente en la comisión se analizaba la te-

(45) En este aspecto, con buen criterio, Lorenzetti advierte sobre la necesidad de distinguir en relación con los supuestos de control: los que apuntan a proteger la imagen de la empresa, el know-how, la marca, etc. parecerían deber quedar excluidos (LORENZETTI, Ricardo L., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nro. 17, “Responsabilidad Contractual I”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 207).

(46) Conclusión de lege lata de la Comisión Nro. 3 (Contratos Conexos) Nro. 2.3 de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), CONGRESOS Y JORNADAS, LA LEY, Bs. As., 2005, p. 187.

(47) Congresos y Jornadas, LA LEY, Bs. As., 2005, p. 148. Esta recomendación ha sido considerada por Mosset Iturraspe como un hito en la aparición de los contratos conexos en nuestro país (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La conexidad entre contratos. Temas precursores que prepararon el camino a la conexidad” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-2, “Contratos Conexos”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 7).

(43) Lo aquí expuesto surge de una interpretación sistémica de los arts. 2°, 3°, 10 bis de la LDC, arts. 850, 1073, 1074, 1092 y ccs. del Cód. Civ. y Com.

(44) Principalmente puede consultarse LÓPEZ FRIAS, Ana, “Los contratos conexos”, José María Bosch Editor SA, Barcelona, 1994, p. 304 y ss. y MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos Conexos. Grupos y Redes”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 54 y ss.

mática de la protección del consumidor en el ámbito contractual).

De esta manera, en el sistema de distribución comercial ante el incumplimiento contractual del vendedor los demás integrantes de la cadena de comercialización no serían, en principio, responsables solidariamente frente a los consumidores conforme lo dispone el art. 40, LDC y atento lo dispuesto por la Doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires, a partir del referido precedente “García c. Hyundai”. Sin embargo, ello no obsta a admitir su responsabilidad en base a la concurrencia, dado el carácter que tales empresas ostentan como de proveedores del sistema, y en virtud de la conexidad contractual que estructura la cadena de comercialización (arts. 2º, 10 bis, LDC y art. 1074, ss. y cc., Cód. Civ. y Com.). Es dable destacar, además, que el criterio aquí expuesto se condice con lo establecido en los arts. 50 y 65 del Proyecto de Reforma de la Ley de Defensa de Consumidor (48) que

(48) “ARTÍCULO 50 del Proyecto de la nueva Ley de Defensa del Consumidor. Incumplimiento. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, surgidas de situaciones ante contractuales, la oferta, la publicidad o el contrato, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, según el caso y a su libre elección a: 1. Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; 2. Reclamar otro producto o prestación de servicio económicamente equivalente; 3. Resolver el contrato mediante la notificación fehaciente de su voluntad extintiva. Respecto de sus efectos, resultará de aplicación lo previsto en los arts. 1081, 1082 y 1083 del Cód. Civ. y Com. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños que correspondan, como también del ejercicio opcional del régimen de garantías, dentro de los límites que resultan del ejercicio regular de los derechos”. ARTÍCULO 65 del Proyecto de la Nueva Ley De Defensa del Consumidor. Conexidad. Acción preventiva, acción directa y tutela resarcitoria. La conexidad descripta en el art. 1073 del Cód. Civ. y Com. y la tutela de la confianza, podrán habilitar al consumidor según las circunstancias, a quien sea parte en alguno de los contratos coligados a ejercer los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él: 1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad; 2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, más allá de los casos especiales expresamente previstos; 3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones(<https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2576.19/S/PL>).

actualmente se encuentra con trámite en comisiones en el Senado de la Nación.

VII. Colofón

En virtud de todo lo expuesto precedentemente, nos permitimos formular las siguientes conclusiones:

a) El concepto legal de consumidor en la Argentina admite tal calidad en una persona humana o jurídica.

b) La persona jurídica (pública o privada, con o sin fin de lucro) para ser considerada consumidor directo no debe integrar el bien o servicio que adquiere a su cadena de comercialización (siquiera de forma indirecta), aun cuando desde la óptica económica agote o extinga ese bien o servicio.

c) Ante la supuesta vinculación del bien o servicio de forma indirecta al proceso de comercialización de la empresa podrá recurrirse como parámetro de ponderación (*mutatis mutandis*) a un método similar al impuesto por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo al definir la solidaridad laboral.

d) La debilidad estructural o económica de una persona jurídica no necesariamente llevará a entender que esta sea consumidora y, por lo tanto, que se vea configurada una relación de consumo, debiendo interpretarse dicho régimen como de excepción.

e) Asimismo, el afán de lucro no puede considerarse un obstáculo para ser calificado como consumidor. Sin embargo, la admisión de la calidad de consumidor de una persona jurídica con fines de lucro (de carácter comercial) debe reconocerse restrictivamente, pudiendo admitirse toda clase de pruebas, incluso las presunciones, dada la calidad del sujeto involucrado, que deberán ser desvirtuadas por el interesado. Asimismo, la prueba testimonial, por sí sola, es insuficiente para acreditar el carácter de consumidor de una persona jurídica.

f) Frente a un supuesto de conexidad contractual dentro de una relación de consumo, corresponde hacer extensible la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual tanto al comerciante que contrató directamente con

el consumidor como a los demás integrantes de la cadena de comercialización, dado su carácter de proveedores de dicha relación, quienes a su vez están obligados a respetar las disposiciones de la ley 24.240 y modif. (art. 2°, LDC). De esta manera se desprende también que el consumidor podrá optar por ejercer cualquiera de las alternativas que el art. 10 bis de la LDC le reconoce **(49)**.

(49) ARTICULO 10 bis LDC. — Incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de

g) Por consiguiente, las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual pueden ser extensibles a los demás integrantes de la cadena de comercialización en virtud de la responsabilidad concurrente que emana de nuestro ordenamiento jurídico, en un adecuado diálogo de fuentes y una interpretación coordinada que debe primar tanto entre la Ley de Defensa del Consumidor como de las normas del Código Civil y Comercial.

servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar

info!
TR

En todo
momento
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee
el código
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO
ARGENTINO

CENTRAL B

CUENTA N° 10269FI

FRANQUEO A PAGAR



the answer company™

THOMSON REUTERS®



CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-222-5253