





# ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

**DIRECTOR**

REPÚBLICA ARGENTINA. TOMO II PARTE I. AÑO 2017



Anuario de la revista jurídica región Cuyo / Pascual Eduardo Alferillo ... [et al.] ; compilado por Pascual E. Alferillo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2018. 354 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-4179-35-7

1. Derecho. 2. Anuario. I. Alferillo, Pascual Eduardo II. Alferillo, Pascual E., comp.

CDD 340

Se prohíbe la reproducción total o parcial  
de esta obra sin la autorización expresa.

**IJ International Legal Group**

Coordinación Editorial: Sebastián Carvajal

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.

CP: 1010

TE: 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la ley 11.723

## **Índice**

**Autoridades**.....7

### **Editorial**

PASCUAL EDUARDO ALFERILLO.....9

### **Uso equitativo y razonable de los cursos de agua compartidos Modelos de gestión**

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....13

### **Control de constitucionalidad y cosa juzgada.**

#### **Nueva causal sobreviniente de cosa juzgada írrita**

JOSÉ AGUSTÍN RUTA.....49

### **La acción de revisión en el Código Civil y Comercial, el recurso de revisión en el Código Procesal Civil de San Juan y la pres- cripción**

ROBERTO M. PAGES LLOVERAS.....63

### **Autodeterminación del paciente y Ley de Riesgo del Trabajo**

PATRICIA A. ALEGRE.....83

### **La relación de causalidad en la responsabilidad contractual**

CLAUDIO FABRICIO LEIVA.....101

### **Daño estético**

JUAN CARLOS PANDIELLA.....127

### **Nociones generales sobre los tipos de publicidad y su trata- miento en el Código Civil y Comercial de la Nación**

ÉRICA VON ZEDTWITZ.....173

### **Tensiones y desafíos de la Justicia de Familia en Mendoza. A la espera de una nueva ley de procedimientos**

MARIEL F. MOLINA DE JUAN.....191

**La relación de pareja del inc. 1 del art. 80 del Código Penal no equivale a la unión convivencial civil, sino que la excede**

RUBÉN E. FIGARI.....213

**Pactos sobre herencia futura**

**Comentario al art. 1010 del Código Civil y Comercial**

HUMBERTO G. VARGAS BALAGUER.....239

**El protagonismo del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Mendoza a partir de las reformas de la Ley Orgánica**

PABLO GUIDO PEÑASCO.....273

**El contrato de maquila agropecuaria**

PASCUAL EDUARDO ALFERILLO.....299

**Las medidas de salvaguardia como instrumentos reglados de protección a la producción nacional, en caso de aumentos imprevistos en las importaciones**

JOSÉ LUIS LÓPEZ CERVIÑO.....339

## **Autoridades**

### **Director**

Dr. Pascual Alferillo

## **Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Mesa Directiva (2016 - 2019)**

**Presidente:** Dr. Julio I. Altamira Gigena

**Vicepresidente:** Dr. Armando S. Andruet

**Secretaria:** Dra. Marcela Aspell

**Tesorero:** Dr. Guillermo Barrera Buteller

**Director de Publicaciones:** Dr. Juan Carlos Palmero

**Revisor de cuentas:** Dr. Efraín H. Richard

**Secretario Técnico:** Dr. Christian G. Sommer

### **Presidente Honorario**

Dr. Juan Carlos Palmero

### **Instituto de la Región Cuyo**

**Director:** Dr. Pascual E. Alferillo

**Vice Director:** Ab. Aldo Guarino Arias

### **Secretarios:**

Dra. Mariel Molina (Mendoza)

Ab. Pablo Peñasco (San Rafael – Mendoza)

Ab. Fabio Conturso (San Juan)

Ab. Eugenia Bonna (San Luis)

Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis)

### **Directores anteriores**

Dr. Luis Moisset de Espanés (Córdoba) (†)

Dr. Alejandro Pérez Hualde (Mendoza)

### **Académicos Correspondientes de Cuyo**

- Dr. Roberto José Dromi (Mendoza) 30/7/82  
Dr. Alejandro G. Baro (Mendoza) 28/10/1983  
Ab. Aldo Guarino Arias (San Rafael - Mendoza) 6/5/1988  
Dr. Héctor Andrés Benélbaz (Mendoza) 27/5/1988  
Dr. Aída Kemelmajer de Carlucci (Mendoza) 14/6/1989  
Dr. Pascual E. Alferillo (San Juan) 24/6/2003  
Dr. Alberto Sánchez (San Juan) 25/11/2003  
Dr. Alejandro Perez Hualde (Mendoza) 12/7/2005  
Dr. Jorge Sarmiento García (Mendoza) 31/3/2009  
Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis) 26/4/2011  
Dr. Oscar Alvaro Cuadro (San Juan) 7/8/2012  
Dr. Víctor Bazán (San Juan) 23/9/2014

### **Académicos correspondientes fallecidos**

- Pablo Antonio Ramella - San Juan - 16-10-75 (†25-04-1993)  
Juan Ramón Guevara - Mendoza - 15-04-83 († 21-04-1994)  
Joaquín López - Mendoza - 25-06-86 († 22-09-2004)  
Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80 († 30-7-2012)

## Editorial

DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO\*

---

\* *Director Instituto de la Región Cuyo.*



Cuando remitía el material a los editores expresaba que sentía un orgullo ajeno por la cantidad y calidad de los trabajos de investigación enviado a la dirección de la revista que ponían en evidencia el denodado esfuerzo de los integrantes del Instituto de la Región de Cuyo por estudiar las distintas instituciones del Derecho.

Esta imagen de juristas sacrificados que le privan horas a sus familias y al descanso se contraponía con la crudeza de una realidad social que golpea a cada instante con la publicitación de crímenes aberrantes que ponen en jaque no sólo la existencia de los distintos sistemas jurídicos, sino nuestra calidad de seres humanos racionales.

Después de la invención de la escritura que se adopta como punto de inicio de la historia de la humanidad, sin duda uno de los hitos de mayor trascendencia fue la racionalización de la idea de que para vivir en sociedad era menester la existencia de reglas de convivencias.

La evolución del imperio de la normatividad fue a la par del desarrollo de las pautas morales de cada tiempo que definían las conductas buenas y excluían las que estimaban dañinas para el grupo social.

Nada ha cambiado. Continúa vigente la lucha entre lo aceptable y reprobado socialmente que se transforma en norma. La preeminencia y generalización de las inconductas, lamentablemente es un desfasaje cultural.

Frente a ello, viene oportuno traer a colación la síntesis final de John Rawls (Teoría de la Justicia) cuando expresa que “observar nuestro lugar en la sociedad desde la perspectiva de esta situación es observarlo sub specie aeternitatis: es contemplar la situación humana, no sólo desde todos los puntos de vistas sociales, sino también desde todos los puntos de vistas temporales. La perspectiva de la eternidad no es una perspectiva desde un cierto lugar, más allá del mundo, ni el punto de vista de un ser trascendente; más bien, es en cierta forma de pensamiento y de sentimiento que las

personas racionales pueden adoptar en el mundo. Y, al hacerlo así, pueden, cualquiera que sea su generación, integrar en un solo esquema todas las perspectivas individuales, y alcanzar, conjuntamente, unos principios reguladores que pueden ser confirmados por todos, al vivir de acuerdo con ellos, cada uno desde su punto de vistas. La pureza de corazón, si pudiera alcanzarse, consistiría en ver claramente y en actuar con indulgencia y autodominio desde esta posición”.

No cabe lugar a hesitación que toda la racionalización normativa de nada sirve si no está presidida socialmente por el sentimiento de amor que se refleja en un irrestricto o respecto por los derechos de los otros.

Superar la cultura de la anomia, de que todo lo prohibido está permitido, es sin duda el gran desafío moral del momento.

Y es, en este punto, donde los actores jurídicos deben tomar conciencia de la trascendencia de su rol para procurar morigerar el proceso regresivo porque son los docentes naturales que tiene la sociedad en la difusión del Derecho.

Es por ello, que sentía orgullo de méritos ajenos, porque se del sacrificio de los integrantes del Instituto para aportar una idea, aun cuando fuere mínima, en pos de construir la sociedad del amor, la de los buenos sentimientos que se ven reflejadas en normas moralmente justas.

**Uso equitativo y razonable de los cursos de agua compartidos  
Modelos de gestión**

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT\*

---

\* *Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de las Universidades Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*



## Introducción

En el plano nacional, la ley 25688 de gestión ambiental de las aguas, al establecer presupuestos mínimos, prevé ciertos criterios que, para muchas provincias<sup>1</sup>, encierran una intromisión indebida en competencias no delegadas, por ejemplo, la imposición de participar en comités de cuencas en el caso de aguas interprovinciales. La referida ley percibe a las cuencas como unidades ambientales indivisibles<sup>2</sup>. En materia de aguas interjurisdiccionales, en Argentina existen acuerdos interprovinciales de sólida aplicación (vg. río Colorado), pero también hay cursos-cuencas entre provincias aún en estado de conflicto sin resolver (vg. río Atuel).

En el plano internacional, la mayor parte de los más de 260 cursos de agua internacionales (CAI)<sup>3</sup> cuenta con algún acuerdo internacional de gestión. Se estima que hay más de 3.000 acuerdos en vigencia<sup>4</sup>. Sin embargo, el único convenio general que se ocupa

---

<sup>1</sup> Las provincias, de conformidad al art. 124 de la CN, tienen el dominio originario y efectivo de los cursos de agua y tienen competencia para adoptar decisiones y regular sus usos. La provincia de Mendoza fue la primera en sancionar una ley en la materia en 1884.

<sup>2</sup> PASTORINO, L F. El Derecho del Agua en Argentina, p.3. (Obtenible en: [leonardopastorino.com.ar/sitio/wp-content/uploads/2014/09/Derecho-del-Agua-en-Argentina-para-Mexico-corregido.pdf](http://leonardopastorino.com.ar/sitio/wp-content/uploads/2014/09/Derecho-del-Agua-en-Argentina-para-Mexico-corregido.pdf) Consulta de 1 de diciembre de 2016); CENICACELAYA, María de las Nieves, Los recursos hídricos interprovinciales y el federalismo argentino. (Obtenible en: [http://se.dici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43469/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://se.dici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43469/Documento_completo.pdf?sequence=1) Consulta de 1 de diciembre de 2016)

[3] Se ha definido al “curso de agua” como “sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y, normalmente, fluyen a una desembocadura común”. Por “curso de agua internacional” se entiende un “curso de agua cuyas partes se encuentran en Estados distintos” (Convención de Naciones Unidas sobre los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación de 1997).

<sup>4</sup> Los primeros acuerdos multilaterales en materia de aguas fueron el de Barcelona de 1921 (Acuerdo, Estatuto y Protocolo) relativo a la liber-

de todos los usos menos el de la navegación, y que refleja en buena medida el derecho consuetudinario en la materia, es la Convención de Naciones Unidas sobre los Cursos de Agua Internacionales para fines distintos de la Navegación de 1997, entrada en vigor el 17 de agosto de 2014<sup>5</sup>.<sup>6</sup>

---

tad de navegación de las “vías de agua de interés internacional” y el de Ginebra de 1923 para aprovechamientos hidroeléctricos, si bien, el primero obtuvo pocas ratificaciones y el segundo fue de casi nula aplicación a pesar de haber entrado en vigor pocos años después de su adopción (1925). Para los convenios de Cooperación en América Latina, v. QUEROL, María “Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos”, CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, N° 64, Santiago de Chile, 2003. (Obtenible en [http://archivo.cepal.org/pdfs/Waterguide/lcl2002\\_s.pdf](http://archivo.cepal.org/pdfs/Waterguide/lcl2002_s.pdf) Consulta de 15 de diciembre de 2016).

<sup>5</sup> Si bien es escaso el número de Estados Parte (EP) de la Convención (al 24 de enero de 2017: 36 EP de los que ninguno es americano, y sólo 16 suscriptores, entre los que se hallan dos americanos: Venezuela y Paraguay), la misma fue adoptada en resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1997 por 103 votos a favor, 3 en contra (Burundi, China y Turquía) y 27 abstenciones. De América Latina votaron a favor: Brasil, Chile, Costa Rica, Haití, Honduras, México, Uruguay y Venezuela. Se abstuvieron los siguientes Estados de la región: Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú. Por su parte, Belice, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana aparecen entre los ausentes que sumaron en total 52 Estados, número extremadamente elevado para la práctica usual. La Convención ha sido resultado de más de más de 20 años de trabajo (1974-1994) de la Comisión de Derecho Internacional, órgano de la Asamblea General de Naciones Unidas encargado de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

<sup>6</sup> Debe tenerse en cuenta que la Convención refleja en su mayor parte normas consuetudinarias tal como lo ha señalado de modo indirecto pocos meses después de su adopción la Corte Internacional de Justicia en el Caso del proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros (Eslovaquia/Hungría).

Las normas internacionales que rigen los cursos de agua transfronterizos son normas convencionales (tratados internacionales), normas consuetudinarias generales con alcance universal, regional o local (entre ellas, las normas consuetudinarias fundamentales, designadas principios generales del derecho de aguas<sup>7</sup>) y princi-

---

Sin embargo, es de observar que, en el caso de las Pasteras Uruguayas, la Corte no hizo referencia a la Convención a pesar de que las partes sí lo habían hecho durante la tramitación del proceso. Hacemos presente que en el Caso del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Eslovaquia/Hungría), la CIJ en el considerando 85 de la sentencia de 25 de septiembre de 1997, ha expresado: “85. (...) In 1929, the Permanent Court of International Justice, with regard to navigation on the River Oder, stated as follows: “[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the use of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others” (Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P. C. I. J., Series A, No. 23, p. 27). Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly. The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube - with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetkoz - failed to respect the proportionality which is required by international law” (el resaltado nos pertenece). Recordamos que, en oportunidad de la sentencia sobre el río Oder (1929), el uso más importante de los ríos en materia internacional era la navegación.<sup>7</sup> Se ha considerado que las Reglas de Helsinki de 1966 de la International Law Association (ILA) conformaban en gran medida normas consuetudinarias, válidas tanto al interior de los Estados como en la relación a nivel internacional. En 2004 la ILA adoptó las Reglas de Berlín para actualizar las de Helsinki y condensar el cuerpo de normas consuetudina-

pios generales del derecho. Si bien, estos últimos son abstractos, constituyen máximas de justicia que están en la base de los dos anteriores. Es de tener en cuenta que esas normas consuetudinarias y principios generales tienen su origen en la práctica común de los Estados, la que se manifiesta en sus normas internas. Esa nutrición mutua entre derecho interno-internacional dibuja una relación circular: de los derechos internos surge el consuetudinario internacional y, a su vez, éste se vuelve rector de los derechos internos mediante la costumización general en el plano internacional.

En lo que hace a la asignación de y a la participación sobre los recursos de los cursos de agua interjurisdiccionales, bien señala Gabriel E. Eckstein<sup>8</sup> que los requisitos procesales/procedimentales se consideran esenciales para su reparto equitativo. A falta de normas generales que establezcan reglas de equidad precisas en materia de asignación, aprovechamiento y participación -más aún, la imposibilidad de su configuración en base a reglas generales atento a la multiplicidad de contingencias y particularidades que presenta cada curso de agua transjurisdiccional-, se vuelve más importante el desarrollo de modelajes aplicables a ese resultado.

En este breve trabajo nos ocuparemos de las percepciones de los Estados con relación a sus derechos sobre los usos de los cursos de agua transfronterizos y la evolución de esa percepción (1), y luego consideraremos los modelos de asignación de uso equitativo y razonable de los recursos hídricos transjurisdiccionales, en particular, un modelo elaborado sobre base jurimétrica (2).

---

rias en materia de aguas, tal como existen en el siglo XXI (Obtenible en: [http://internationalwaterlaw.org/docs/intdocs/ILA\\_Berlin\\_Rules-2004.pdf](http://internationalwaterlaw.org/docs/intdocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf) Consulta de 14 de diciembre de 2016).

<sup>8</sup>ECKSTEIN, Gabriel E. "Rethinking Transboundary Ground Water Resources Management: A Local Approach along the Mexico-U.S. Border", 25 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.*, 2012-2013 p. 95 y ss., en especial, p.123.

## I. Etapas históricas en el uso de los cursos de agua inter jurisdiccionales

Podemos señalar distintas etapas en el uso de los cursos de agua inter jurisdiccionales, tanto al interior de un Estado como en el plano internacional. En una primera etapa, regía la idea de derecho absoluto sobre el bien (curso de agua) bajo la jurisdicción de un Estado. Ello, en tanto los usos eran insignificantes y difícilmente podían alterar la condición del bien o del recurso (los aprovechamientos que del bien se pueden obtener). En una segunda etapa, de mayor explotación, en que los usos de una parte podían afectar los de los otros partícipes de la cuenca o curso de agua, se comenzó a fijar límites a la libertad del aprovechamiento inconsulto de los recursos naturales compartidos (expresión que en este momento es preferentemente reemplazada por recursos hídricos transfronterizos<sup>9</sup>) en base a distintos fundamentos. Esta etapa aún está en curso, si bien, en una tercera etapa -que recién se vislumbra- se tiende a dejar la visión antropocéntrica para hacer prevalecer la ecocéntrica, la que ve a las aguas del Planeta como una “common amenity”, bien común, que necesita ser aprovechado racionalmente en beneficio de la preservación del sistema hídrico a nivel planetario y en beneficio de toda la humanidad.

Los asentamientos poblacionales con sus requerimientos de agua y la frecuente actividad económica intensiva (i.a. agrícola, industrial, energética), con la contaminación que la acompaña, han ido destruyendo el régimen natural de los ecosistemas en las cuencas-cursos de agua, afectando sus recursos naturales. Ello suele ser fruto de un sistema de gestión anárquico, de débil interacción horizontal y vertical, falta de objetivos y prioridades comunes, que conlleva la desconexión entre jurisdicciones y la puja entre organismos responsables, emprendedores y población por la falta de un enfoque de cuenca (gestión con visión integrada), lo que suele acarrear, entre otras secuelas negativas:

-Uso no sostenible del agua, pérdida de los recursos biológicos, degradación de los ecosistemas;

---

<sup>9</sup> En este trabajo emplearemos como sinónimos los términos “transjurisdiccional”, “interjurisdiccional”, “transfronterizo”.

-Desertificación-Desertización<sup>10</sup>, pérdida de cubierta vegetal, empobrecimiento de la diversidad biológica, degradación de las tierras agrícolas y su productividad;

-Contaminación de las aguas;

-Desarrollo económico débil;

-Efectos negativos sobre los mares y océanos;

-Efectos negativos sobre el ciclo hídrico y el sistema climático en general.

Sin lugar a dudas, ha llegado el momento en que la mera cooperación espontánea entre los ribereños de un curso de agua o compartientes de una cuenca hídrica no es suficiente para preservar la salud de la misma, requiriéndose en la mayor parte de los casos un plan de gestión integrada en el que se incluyan autoridades estatales (ministerios, comités, departamentos), sector privado, ONG-s y sociedad civil local -verdadera guardiana esta última de la transparencia del accionar público y privado-. Debemos tener en cuenta que el Art. 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de naturaleza formal meramente declarativa, pero considerado norma consuetudinaria internacional general por varios tribunales internacionales, recogido en tratados internacionales y consagrado en constituciones nacionales y normas locales<sup>11</sup>, establece: “El mejor modo de tratar las cuestiones

---

<sup>10</sup> Hablamos de “desertificación” en casos de ser ésta consecuencia de la acción del hombre y de “desertización” cuando la degradación de los suelos responde a un proceso natural.

<sup>11</sup> ORELLANA, Marcos, A. Tipología de instrumentos de derecho público ambiental internacional, Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 158, CEPAL, octubre de 2014, p. 10. (Obtenible en: [repositorio.cepal.org/bitstream/handle](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle) Consulta de 8 de agosto de 2016); ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. “El derecho internacional público del medio ambiente al inicio del siglo XXI”, Anuario Mejicano de Derecho

ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Ello hace a la concreción de una gobernabilidad y de una gobernanza<sup>12</sup> más transparentes en todos los niveles.

---

Internacional, Vol. II, 2002, p. 335 y ss.; DRNAS DE CLÉMENT, Z. “Fuentes del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, SINDICO-FRENÁNDEZ EGEEA-BORRAS PETINAT (Coords.), Derecho Internacional del Medio Ambiente: Una visión desde Iberoamérica, Cameron May, London, 2011, p. 31 y ss.

<sup>12</sup> La Asociación Mundial del Agua (GWP, en sus siglas en inglés) ha definido a la gobernabilidad del agua en términos generales y amplios como “la gama de sistemas políticos, sociales, económicos y administrativos que existen a distintos niveles de la sociedad para desarrollar y gestionar los recursos hídricos y la prestación de servicios de agua”. Se refiere a la capacidad del gobierno de prestar servicios del modo más adecuado, además de elaborar, establecer y hacer cumplir normas ([www.gwp.org/es](http://www.gwp.org/es)). V. asimismo, UE. Comparative Study of Pressures and Measures in the Major River Basin Management Plans Task 1 - Governance Final Report 28 November 2012. (Obtenible en: [www.ec.europa.eu/.../water/.../Governance-Pressures%20and%20measures.pdf](http://www.ec.europa.eu/.../water/.../Governance-Pressures%20and%20measures.pdf) Consulta de 7 de abril de 2016). La gobernabilidad debe ser entendida como “un estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad del sistema político (estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz” (HALLIDAY, Fred, “Gobernabilidad global: perspectivas y problemas”, RIFP/9 (1997) pp. 23 y ss.). Por su parte, la gobernanza global (diferente de la idea de “gobernabilidad”) es el arte de gobernar, ya que

La preservación de los ecosistemas es la condición necesaria para continuar la actividad vital de cualquier cuenca. La situación

---

se ocupa de estudiar los patrones cambiantes en los que los problemas comunes se abordan en un mundo cada vez más interdependiente, estudia las posibles estructuras del orden. Si bien se construye sobre la base de las formas clásicas de cooperación multilateral, abarca hoy una desconcertante variedad de actores e instituciones, como también las formas transnacionales de regulación que interactúan en una estructura a menudo sin coordinación, competitiva, compleja. La gobernanza mundial asigna peso colectivo sobre el destino del mundo a las numerosas interacciones a nivel planetario que trascienden la acción de los Estados (actores, ideas, normas, instituciones). Se halla asociada a las demandas de redistribución para hacer frente a las desigualdades y al surgimiento de una nueva conciencia universal. La interdependencia y la escasez han llevado a señalar la necesidad de retomar milenarias posiciones a escala mundial que consideran bienes del dominio público de la humanidad al aire, al agua y al suelo. Existe alta posibilidad de que en el año 2030 la población mundial alcance los 8.000 millones de seres humanos, con lo que el número de personas sin acceso al agua potable aumentará hasta los 3.000 millones. Desde la unión planetaria del género humano se propugnan principios tales como el que considera que el agua como «fuente de vida» es un bien común, que pertenece a todos los habitantes de la Tierra. Derecho al agua como Derecho humano básico. En diciembre de 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó, a través de su resolución A/RES/58/217 al período 2005-2015 Decenio Internacional para la Acción «El agua, fuente de vida». V. KIRSCH, Nico, *Gobernanza Global, Programa de Investigación del Instituto de Estudios internacionales de Barcelona (IBEI)*; MAYORGA, Fernando – CÓRDOVA, Eduardo, “Gobernabilidad y gobernanza en América Latina”, Working Paper, NNCR Norte- Sur IP 8, Ginebra, Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza-IIRG. (Obtenible en: [http://www.insitut-gouvernanace.org/e\\_s/anal\\_yse/fiche-analyse-34.html](http://www.insitut-gouvernanace.org/e_s/anal_yse/fiche-analyse-34.html) Consulta de 8 de septiembre de 2016). En los últimos años la atención internacional se ha dirigido al “examen sobre la manera específica en que los gobiernos establecen sus agendas, diseñan sus políticas, toman sus decisiones y evalúan sus impactos”. La Gobernanza/Transnacionalismo es un movimiento

social y económica de la región depende del estado de los ecosistemas, su capacidad de apoyar las condiciones favorables para la vida y la actividad humanas<sup>13</sup>. Por lo tanto, la actividad principal debe estar dirigida a la prevención de la degradación ambiental. Ello es acorde con las más recientes percepciones de la crisis ambiental, especialmente observable en estas primeras décadas del siglo XXI y que convoca a abandonar el antropocentrismo puro para abrir la etapa del ecocentrismo, la solidaridad social, la gobernabilidad y gobernanza global, tal como lo señaláramos al inicio.

Los científicos han llamado a la época actual (correspondiente a la segunda etapa señalada al inicio) como la del “antropoceno” a causa de las muchas maneras en que los seres humanos han transformado el mundo en su propio beneficio. Tim Stephens<sup>14</sup> recuerda que las actividades humanas han tocado prácticamente todos los paisajes de la tierra, llevado a muchos organismos a la extinción, cambiando la composición de la atmósfera y la química

---

que tiende a integrar a los actores transnacionales (particularmente, a la sociedad civil) en las instituciones universales ya existentes como ONU, BM, CFI, ONGs, etc., y la generación de nuevas vías de participación. Algunos estiman que las instituciones existentes son suficientes mientras otros proponen la creación de nuevas formas de participación (nuevas organizaciones ad hoc con escasa burocracia pero que involucren más a la sociedad civil en la toma de decisiones en sus comités o grupos de trabajo). Una manifestación de ello se encuentra en la “Primera Reunión del Comité de Negociación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, llevada a cabo en el ámbito de CEPAL en Santiago, 5 a 7 de mayo de 2015.

<sup>13</sup> La visión que se requiere -conforme a la tercera etapa señalada- ya no es la economicista, utilitarista, de aprovechamiento equitativo sólo entre los compartientes del curso de agua o de la cuenca, sino la de preservación de las condiciones ecológicas del sistema de la cuenca con visión de responsabilidad global. Esta percepción sea visto fortalecida por la encíclica papal *Laudato Si*.

<sup>14</sup> STEPHENS, Tim, “Reimagining international water law”, 71 *Md. L. Rev. Endnotes*, 2011, p. 20 y ss.

de los océanos. El referido autor entiende que el Derecho no ha respondido adecuadamente a los cambios sufridos en el siglo XX-XXI y el grave deterioro del ambiente, en particular en materia de agua, entendida ésta no sólo como elemento necesario para cubrir las necesidades humanas, sino como componente esencial para el mantenimiento de las funciones críticas de los ecosistemas. El referido doctrinario pone en cuestión el “derecho soberano de los Estados” para explotar sus recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo atento a la consagración cada vez más firme del derecho humano al agua<sup>15</sup> y la necesidad de aplicar una justicia distributiva que asegure la supervivencia del ser humano en las zonas de escasez, muchas veces fruto del accionar irresponsable de Estados que han afectado a la atmósfera y las regularidades en el ciclo hídrico.

Stephen C. McCaffrey, quien fuera uno de los relatores en el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales fuera de la Navegación, ha avanzado por sobre su propia posición en la

---

<sup>15</sup> El agua como derecho humano debe ser provista por los Estados de modo que la misma sea: “suficiente” [15], “alcanzable” (en todo tiempo al menos para el uso y consumo personal), “segura” (libre de microorganismos, sustancias químicas o riesgos radiológicos que puedan afectar la salud, “accesible” (en forma igual para todos). El derecho al agua está consagrado en varios convenios sobre Derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11), la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 39), la Carta Africana de Derecho del Hombre y de los Pueblos (art. 16). (V. JAIHARNAND, Narong - POPATTANACHA, Naporn, “An analysis of Thai water management legislation from an International law perspective”, 4 *Yonsei L.J.*, 2013, p. 351 y ss.). También se halla en los grandes convenios universales y regionales generales, como parte del derecho a la vida. Por esa vía, habría posibilidades de acudir a los tribunales y organismos cuasi jurisdiccionales de Derechos Humanos existentes para reclamar derechos sobre los usos de los cursos de agua y los modos en que los cursos son gestionados por las autoridades gubernamentales de los Estados parte en esos convenios.

CDI y sugiere en la actualidad un cambio radical para el derecho internacional: un mecanismo para hacer frente a un mundo con déficits hidrológicos severos, argumentando que los recursos de agua dulce deben ser considerados patrimonio común de la humanidad, ya que son tan vitales para la existencia humana y deben estar sujetos a regulación internacional. Ha señalado: “ha llegado la hora de percibir al agua potable en términos globales”. En los argumentos de McCaffrey la asignación global del agua (fuente de vida) debe basarse en requerimientos mínimos de justicia distributiva. Destaca que los usos que hacen los Estados ricos en cursos de agua no son indiferentes para los que sufren escasez, ya que estos últimos tienen legítimo interés jurídico en el ciclo hidrológico mundial. McCaffrey señala que, así como los Estados desarrollados deben limitarse en el uso de gases efecto invernadero, así como los Estados ribereños tienen el deber de preservar los recursos marinos y establecer cuotas de captura apropiadas, así la disposición soberana del agua debe ser limitada en beneficio de la humanidad. Ello, particularmente, si se tiene en cuenta que, por ejemplo, la producción de alimentos utiliza cada año alrededor del ochenta por ciento del agua dulce disponible en todo el mundo. El comercio que se hace de esos alimentos importa una transferencia virtual del agua, regida por la lógica económica y los cambios demográficos y ambientales y no por una justicia distributiva.

En resumen, según la percepción globalista propia de la tercera etapa, el agua está dada en usufructo intergeneracional a los Estados (no en dominio), debiendo éstos asegurarse del uso sostenible, equitativo, con criterio de justicia distributiva en lo que hace a las necesidades humanas fundamentales. El derecho soberano de los Estados de aprovechar sus recursos naturales en agua, de conformidad a sus propias políticas de desarrollo, estiman que está en tensión con la ética global de los usos del agua.

Sin embargo, a nuestro criterio, los globalistas no consideran el peso intertemporal que tiene en el desequilibrio de los recursos en agua el mal aprovechamiento de otros recursos naturales del Planeta que llevaron adelante muchos países y que fueron motor de su desarrollo, pero que hoy son causa total o parcial del empo-

brecimiento de disponibilidades de agua en la Tierra. Entendemos que no contribuye a la justicia global imponer sin más trámite limitaciones hoy a unos -generalmente menos desarrollados económicamente- y olvidar los dispendios y daños a recursos naturales de muchos países desarrollados que contribuyeron al desequilibrio en el complejo hídrico planetario. Las limitaciones debieran ser compensadas conforme la masa intertemporal de contribuciones dañosas a la situación actual del Planeta, en la que se combinan la deforestación, la contaminación de la atmósfera, de los cursos de agua, mares y océanos, la desertificación, etc., con efecto sobre el sistema hídrico general.

El Convenio de 1997 deja abierto el camino a una interpretación como la que proponemos -independientemente de que sus regulaciones se ocupan de las relaciones entre Estados de un curso de agua- atento a que, por ejemplo, en el Preámbulo señala i.a.: “Considerando que el logro de la codificación y el desarrollo progresivo de normas del derecho internacional que regulen los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación contribuiría a promover y hacer realidad los propósitos y principios establecidos en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU)”. Art.1 de la CNU señala en el punto 1: “Son propósitos de las Naciones Unidas: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz (...); 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos (...)”.

## **II. Modelos de uso equitativo y razonable de los recursos hídricos transjurisdiccionales**

Volviendo al estadio que efectivamente estamos transitando, el de las limitaciones a la soberanía del Estado, caracterizadas por el deber de gestionar los cursos de agua y las cuencas de modo que

se resguarde el derecho de todos los compartientes y se preserve el recurso ambiental, para una gestión debidamente fundada, integrada y conjunta<sup>16</sup>, suele requerirse un aprovechamiento sostenible<sup>17</sup>, racional<sup>18</sup>, razonable<sup>19</sup> y equitativo<sup>20, 21</sup>, que no cause daño a otros Estados ni al medio ambiente.

---

<sup>18</sup> La racionalidad con relación a los usos de agua, se refiere predominantemente a los medios, a su empleo lógico, ponderativo, óptimo, a la mejor tecnología aplicable para alcanzar el objetivo buscado, a la no generación de riesgos innecesarios, a la evaluación permanente de las mejores vías para alcanzar los objetivos del aprovechamiento.

<sup>19</sup> La razonabilidad con relación a los usos de agua, se refiere predominantemente a la evaluación de los fines, al aprovechamiento prudente, moderado, suficiente en cantidad o calidad, al no despilfarro, al no derroche, a la no pérdida innecesaria del recurso, a la no retención indebida, a la aplicación del máximo nivel de facultades abstractas intelectuales a las situaciones fácticas, abarcando las visiones a corto, mediano y largo plazo y las complejidades que el escenario requiere para adoptar resoluciones. En resumen, se refiere al mejor criterio de uso teniendo en cuenta sus fines.

<sup>20</sup> Equidad se refiere a la justicia en caso concreto. Con relación a los usos de aguas, se refiere al uso legítimo y no abusivo en las porciones del derecho de las partes, a la proporcionalidad con relación al derecho sobre el todo del bien, al aprovechamiento que no invade derechos ajenos, es justo, imparcial. Tiene alto vínculo con la ética en la relación con los demás, es el aprovechamiento que tiene en cuenta a “otros” en el derecho al uso. Es lo justo en los hechos, actuando como atemperador del deber jurídico. Tiene rol especial en el aprovechamiento de los cursos de agua, ya que es imposible que las normas contemplen todas las contingencias, lo que hace que las partes del curso de agua deban tener en especialmente en cuenta la equidad-proporcionalidad en cada circunstancia de sus usos. Recuérdese lo señalado supra por la CIJ con relación al Caso Gabčíkovo-Nagymaros (v. Nota 6) y la disposición unilateral de Danubio por parte de Checoslovaquia y, con ello, la privación de Hungría de su derecho al uso equitativo y razonable del río.

<sup>21</sup> Asimismo, con relación al uso equitativo y razonable, la CIJ en el Caso de las Pasteras sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), en su sentencia de 20 de abril de 2010, en el Considerando 177 ha expresado: “La

### *Modelos institucionalizados*

Frecuentemente, las cuencas y cursos de agua inter jurisdiccionales, suelen estar regulados por modelos basados en organismos institucionalizados propios -como Comisiones- en las que participan los Estados compartientes del bien-recurso.

La más antigua institucionalización de administración de un recurso hídrico a nivel internacional ha sido la de la Comisión Central para la Navegación del Rin creada en 1815 por el Congreso de Viena. La Comisión para la Protección del Rin -de amplio espectro- fue creada en 1950, siendo su acuerdo reformado en 1963 y 1999. Agrupa a nueve Partes sobre base cooperativa a distintos niveles (Suiza, Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Unión Europea, con extensión a Austria, Liechtenstein, Bélgica (Región Valona)<sup>22</sup>. Lamentablemente, en muchos casos, las representaciones estatales a la hora de la adopción de decisiones lo hacen siguiendo las indicaciones políticas de sus gobiernos basadas en interés nacional y no conjunto, además las delegaciones suelen bloquearse mutuamente. Tal es el caso de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) establecida en el Estatuto del Río Uruguay de 1975 en el Cap XIII. Este ente binacional queda bloqueado para adoptar decisiones cada vez que los Estados imparten mandatos contrapuestos a sus delegados o, simplemente, no los designan, ya que está compuesta de igual número de delegados por cada una de ellas y, para la adopción de las decisiones, cada delegación tiene un voto. A pesar de ello, la Corte Internacional de Justicia, malinterpretando su condición en forma reite-

---

Cour tient à ajouter que l'utilisation en question ne pourrait être jugée équitable et raisonnable s'il n'était pas tenu compte des intérêts de l'autre Etat riverain à l'égard de la ressource partagée et de la protection environnementale de cette dernière (...)" (El resaltado nos pertenece). CIJ Recueil 2010.

<sup>22</sup> V. WETERING, Ben van de, "Comisión Internacional para la Protección del Rin" (Obtenible en :

<https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2012> Consulta de 2 de febrero de 2017).

rada ha asignado a la CARU un rol que no tiene y que por su conformación no está en condiciones de cumplir. Así, la Corte Internacional de Justicia en el Caso de las Pasteras sobre el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay), en su sentencia de 20 de abril de 2010, en el Considerando 90 ha señalado: “(...) En créant la CARU et en la dotant de tous les moyens nécessaires à son fonctionnement, les parties ont entendu donner les meilleures garanties de stabilité, de continuité et d’efficacité à leur volonté de coopérer à «l’utilisation rationnelle et optimale du fleuve»”<sup>23</sup>. En el Considerando 176 ha expresado: “La Cour a déjà examiné aux paragraphes 84 à 93 ci-dessus le rôle de la CARU (...). En plus de son rôle à cet égard, les fonctions de la CARU concernent presque tous les aspects de la mise en œuvre des dispositions de fond du statut de 1975 (...) y en el 177: “(...) La Cour tient à ajouter que l’utilisation en question ne pourrait être jugée équitable et raisonnable s’il n’était pas tenu compte des intérêts de l’autre Etat riverain à l’égard de la ressource partagée et de la protection environnementale de cette dernière. Aussi la Cour est-elle d’avis que l’article 27 traduit ce lien étroit entre l’utilisation équitable et raisonnable d’une ressource partagée et la nécessité de concilier le développement économique et la protection de l’environnement qui est au cœur du développement durable”. En el Considerando 266 ha entendido que: “(...) En vertu du statut de 1975, les Parties sont juridiquement tenues de poursuivre leur coopération par l’intermédiaire de la CARU et de permettre à cette dernière de développer les moyens nécessaires à la promotion de l’utilisation équitable du fleuve, tout en protégeant le milieu aquatique”. Es decir, la Corte hace descansar el logro del uso equitativo y razonable en la labor de la CARU, olvidando el congelamiento de la CARU por años debido a la falta de voluntad política de los Estados Parte en el Estatuto para que sus delegados pudieran cumplir sus funciones en el sistema, simulando creer que la entidad per se tiene capacidad para actuar frente a las partes y las situaciones que se van dando<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> CIJ Recueil 2010. Citamos el texto en francés, ya que es el que da fe.

<sup>24</sup> V. nuestro trabajo “Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas (Sentencia de 20/04/2010)”, Revista de De-

En ciertos casos de gestión concertada, como por ejemplo, el Acuerdo de cooperación entre Estados Unidos y Canadá relativo al desarrollo de los recursos hídricos de la cuenca del río Columbia (Treaty Relating to Cooperative Development of the Water Resources of the Columbia River Basin, U.S.-Canada), el sistema institucionalizado asigna una mezcla de “beneficios” a cada país. Matthew McKinney y otros<sup>25</sup> recuerdan que la cuenca del río Columbia equivale al tamaño de Francia y lo consideran como uno de los sistemas fluviales más desarrollados del mundo, con 11 represas en el cauce principal en los Estados Unidos y tres en Canadá, a más de 400 presas para riego y energía hidroeléctrica en aguas tributarias. Ya en 1944 Canadá y Estados Unidos reconocieron que el desarrollo cooperativo podía generar más beneficios que la actuación independiente. Tras años de estudios y negociaciones alcanzaron el acuerdo 1964 base del tratado actual y los tratados específicos sobre presas en materia de energía hidroeléctrica y para el control de inundaciones. Por ejemplo, a cambio de la construcción de las presas y los beneficios por el control de inundaciones, Canadá es compensada por los Estados Unidos con millones de dólares anuales. A su vez, Estados Unidos compensa los beneficios que los almacenamientos en Canadá otorgan a la energía hidroeléctrica aguas abajo. El sistema está siendo sometido a revisión atento superveniencia de nuevas normas ambientales de ambos Estados.

En muchos casos, los Estados beneficiados por acuerdos históricos coloniales o bien, Estados “fuertes” política y económicamente en una región, se niegan a celebrar acuerdos y al establecimiento de entidades (Comisiones) que regulen de modo concertado cuencas

---

recho Ambiental, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2010, pp. Obtenible en: <http://ww.w.ac.ader.c.org.ar/doctrina/articulo/s/algunas-considaciones-en-torno-al-fallo-de-la-Consulta-de-2-de-febrero-de-2017>.

<sup>25</sup> MCKINNEY, Matthew et al. “Managing transboundary natural resources: An assessment of the need to revise and update the Columbia River Treaty”, 16 *Hastings W.-Nw. J. Env'tl L. & Pol'y*, 2010, p. 307 y ss. La obra propone la revisión del acuerdo atento a que es anterior a la adopción de normas propias ambientales en Estados Unidos y Canadá.

o cursos de agua compartidos, bloqueando así la posibilidad de alcanzar una asignación y utilización racional, equitativa y razonable de los recursos hídricos. Tal es el caso de Egipto y Sudán en el marco de la cuenca del Nilo<sup>26</sup>. La mayoría de los países de la cuenca del Nilo negociaron durante más de una década un acuerdo jurídicamente vinculante dirigido a sustituir los acuerdos firmados entre 1929 y 1959, que beneficiaban a Egipto y Sudán en el marco de una África que respondía a divisiones territoriales coloniales. El tratado de 1929 concluido entre Egipto y Gran Bretaña –revisado en 1959 con centro en la relación con Sudán- otorgaba a Egipto una cuota de 55,500 millones de m<sup>3</sup> del río Nilo y a los sudaneses 18,500 millones de m<sup>3</sup>, entre ambos, aproximadamente, un 87% del caudal total del río. En contraposición, Etiopía que aporta aproximadamente el 85% de las aguas del Nilo sólo ha dispuesto del 1 %. La inauguración en 2010 de la represa y estación hidroeléctrica de Tana Beles (Beles II), ubicada en Etiopía, y entrada en funcionamiento de su último generador ha desencadenado desentendimientos ya que -según Egipto- era necesario contar previamente con su aprobación conforme al Tratado de 1959<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> La Cuenca del Río Nilo tiene 3.349.000 km<sup>2</sup>. El Nilo es un río de más de 6500 kilómetros si se mide desde su curso de cabecera. Se origina en la Región de los Grandes Lagos y llega en forma de delta a la costa del Mar Mediterráneo en Egipto. Once países africanos comparten la Cuenca del Nilo: Burundi, Egipto, República Democrática del Congo, Etiopía, Eritrea, Kenia, Ruanda, Sudán, Sudán del Sur, Tanzania y Uganda. La mayor fuente de agua del Río Nilo, rodeado por Uganda, Tanzania y Kenia, con una extensión de 68.800 kilómetros cuadrados, que alcanza 83 metros en su mayor punto de profundidad, ha tenido una disminución de cerca de un metro en los últimos tres años, debido a la deforestación, la disminución de las lluvias, el cambio climático, a lo que se añade la creciente contaminación. En la Cuenca del Nilo habitan cerca de 200 millones de personas.

<sup>27</sup> V. infra sobre la situación de Etiopía y otros Estados de la cuenca del Nilo.

*Modelos economicistas*

Algunos especialistas, como Eric Posner, Alan Sykes, Daniel Abebe<sup>28</sup> propugnan modelos económicos libres de institucionalizaciones y compromisos de gestión para la solución de problemas de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, especialmente, en materia de aguas inter jurisdiccionales<sup>29</sup>. Argumentan que el enfoque doctrinal tradicional, basado únicamente en el derecho internacional de aguas, sustentado en tratados y derecho internacional consuetudinario, no puede brindar solución a las necesidades de la actualidad ni del futuro. Promueven el enfoque económico, móvil, contingente, que toma en cuenta las capacidades materiales y los intereses de los Estados por entender que es más eficiente, realista, flexible y satisfactorio. Con relación al Nilo, Abebe recuerda que, aunque el Nilo Azul comienza en las tierras altas de Etiopía en el lago Tana, Etiopía no ha sido capaz de explotar los recursos hídricos del Nilo Azul por su debilidad económica. El Nilo Azul y un afluente menor llamado el río Atbara aportan más del 85 % del agua que desemboca en el Nilo. Es decir, Etiopía proporciona la gran mayoría del volumen de agua del Nilo de la que Egipto depende. Sin embargo, Etiopía sólo usa el 1% de los recursos hídricos de toda la Cuenca del Nilo, mientras Egipto lo hace en casi un 70%. En Etiopía, que es un país acosado por el hambre y la sequía con una población de más de 96 millones de personas, un pequeño incremento en el uso del agua del Nilo Azul importaría automáticamente un efecto sustancial en la calidad de vida

---

<sup>28</sup> POSNER, Eric A. - SYKES, Alan O., *The Economic foundations of International law*, Cambridge MA, London: Harvard University Press, 2013, p. 32 y ss.; ABEBE, D., “Egypt, Ethiopia, and the Nile: The Economics of International Water Law”, 15 *Chi. J. Int’l L.* 2014, p. 27 y ss. V. asimismo, MEYER, T.L., *Research Paper Series*, 108 *Am. J. of Int’l L.* (2014-1).

<sup>29</sup> V. nuestro trabajo “Los aportes de J.A. Barberis a la teoría de los recursos naturales compartidos entre estados”, en *Cuaderno de Derecho Internacional IX*, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2015, p. 45 y ss.

de los etíopes. Consciente de ello, Etiopía inició el proyecto de USD 4,6 mil millones de la Gran Presa del Renacimiento (Presa Al Nahda) en 2011, con el objetivo de crear una de las plantas de energía hidroeléctrica más grandes del mundo, proyecto al que se opuso y boicoteó Egipto de distintas maneras<sup>30</sup>. Etiopía tiene parcialmente financiado el proyecto de la presa<sup>31</sup> y espera tener ejecutada la obra en su totalidad conforme al proyecto en 2017. Este país para salir de la oposición egipcia se comprometió a proporcionar parte de la electricidad que genere la presa a Egipto. Según los economicistas sólo un entendimiento en ese plano permitió destrabar la prolongada resistencia de Egipto y Sudán.

También se observa una situación de conflicto sobre el mismo sistema del Nilo en las relaciones entre Sudán y Sudán del Sur.

---

<sup>30</sup> Ya en 2010, Egipto y Sudán, ante la idea del proyecto, planearon emprender una acción militar contra Etiopía para proteger sus intereses en el Nilo. Ese año, Wikileaks publicó correos electrónicos entre los que figura un mail de un funcionario de alto nivel egipcio, muy cercano al presidente Hosni Mubarak, quien escribió: “El único país que no está cooperando es Etiopía. Mantenemos (...) la vía diplomática. Sin embargo, estamos hablando de la cooperación militar con Sudán (...) Si se produce una crisis, vamos a enviar un avión para bombardear la presa y volver en un día, así de simple. También podemos enviar nuestra fuerza especial para que sabotee la presa... Recordemos la operación egipcia a mediados de los '70, creo que 1976, cuando Etiopía estaba intentando construir una gran presa. Volamos el equipo mientras viajaba por mar a Etiopía (...)”. En 1979, el presidente egipcio Anwar al Sadat había declarado que “(...) la única cuestión que podría llevar a Egipto a la guerra de nuevo es el agua”. Más recientemente, en junio de 2013, el presidente Morsi y sus asesores, sin saber que su conversación estaba siendo filmada, discutieron la posibilidad de sabotear la presa y brindar ayuda a los rebeldes anti gobierno en Etiopía. V. nuestro trabajo “Los aportes de J.A. Barberis a la teoría de los recursos naturales compartidos entre estados”, en Cuaderno de Derecho Internacional IX, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2015, p. 45 y ss.

<sup>31</sup> En su mayor parte, fuentes del Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional.

Como consecuencia de la secesión surgió la necesidad de la re-assignación entre los dos Estados de los 18,5 mil millones de metros cúbicos de agua asignados a Sudán en el marco del Acuerdo de 1959 sobre Aguas del Nilo entre Sudán y Egipto, en tiempos de dominación colonial británica. Dado que Sudán ha perdido el 50% de los ingresos del petróleo, atento a que tras la secesión esas tierras petrolíferas han quedado en poder de Sudán del Sur, tendrá que depender más de la agricultura de riego para compensar las pérdidas de ingresos. Sudán del Sur afirma que tiene una buena cantidad de riego y abastecimiento de agua y proyecta emprendimientos hidroeléctricos que necesitarán de grandes cantidades de aguas del Nilo. Los grandes pantanos de Sudán del Sur (incluida la región del Sudd), con una extensión en tiempos de crecida de hasta 130.000 km<sup>2</sup>. Como las pérdidas de agua circulantes son enormes, los pantanos son vistos por Egipto y Sudán como una fuente de aguas adicionales al Nilo, ya que si fueran canalizados se obtendría alrededor de 20 mil millones de metros cúbicos, casi una cuarta parte de la cantidad total del flujo del Nilo. La experiencia abortada del canal de Jonglei (destruido en 1984 por el grupo terrorista MLNS/A antes de la independización de Sudán del Sur) es un indicio de los difíciles problemas que rodean a la derivación de las aguas de los pantanos del sur al Nilo. El que Sudán del Sur esté dispuesto a permitir la construcción de un canal dependerá de una serie de factores que incluyen, en primer término, los incentivos que pudiera llegar a percibir, aspecto que los economicistas destacan.

Sin embargo, a nuestro criterio, la visión economicista en materia de aprovechamiento de aguas interjurisdiccionales encuentra sombras a la hora de las inversiones extranjeras en países de débil desarrollo. Los grandes inversores se vinculan predominantemente a EE.UU., China y Unión Europea. Por ejemplo, en el alto Nilo se destacan participaciones de la empresa estadounidense American Water Corp, la alemana RWE, la británica Thomas Water, las francesas Vivendi, Suez-Lyonaise des Eaux, Saur. Algunos internacionalistas señalan la salida al mundo de China como parte de su política actual “go out, go global” y resaltan su gran in-

versión en recursos naturales del África subsahariana y de América Latina. Por ejemplo, sólo en Argentina, los proyectos hidroeléctricos con participación china superan los USD 800.000.000<sup>32</sup>. La empresa Sinohydro es la hidroeléctrica más grande del mundo.

En resumen, el modelo economicista en materia de aprovechamiento de los recursos naturales compartidos considera que es mejor la negociación entre compartientes basada en las preferencias e intereses económicos de las partes interesadas, que la insistencia tradicional de aplicar sistemas institucionales rígidos sostenidos en doctrinas jurídicas principialistas, soberanistas o cooperativistas formales. Esta visión economicista es conflictiva en sí misma, ya que se halla lejos de la idea de sustentabilidad, eco-desarrollo, a más de favorecedora de actos de corrupción atento

---

<sup>32</sup> Entre las inversiones en infraestructura eléctrica, con apoyo del Banco de Desarrollo de China (CDB) se cuentan los siguientes proyectos de inversión: \*Hidroelectricidad. Proyecto Las Cañas-Gastona-Medina, potencia a instalar: 240 MW, energía media anual estimada: 800 GWH/año, obras más significativas: 15 presas de derivación y compensación, 4 centrales hidroeléctricas, inversión estimada: USD 50.000.000; \* Proyecto Angostura-Los Sosas, potencia a instalar: 30 MW, energía media anual estimada: 150 GWH/año, obras más significativas: 3 centrales hidroeléctricas, inversión estimada: USD 45.000.000; \* Proyecto Río Lules, potencia a instalar: 16 GW, energía media anual estimada: 70 GWH/año, obras más significativas: 1 central hidroeléctrica, inversión estimada: USD 20.000.000; \* Proyecto de las represas ex presidente Néstor Kirchner y el ex gobernador Jorge Cepernic a ser construidas en las localidades santacruceñas de Cóndor Cliff y La Barrancosa, inversión estimada USD 25.000.000, a más de otras inversiones chinas vinculadas a infraestructura en recursos hídricos A. LARRIERA, “Negocios en China y desembarco de empresas chinas en Argentina: interesantes negocios existentes y Perspectivas para el 2011”, Actualidad, Universidad Austral., 2011; S. SIMONIT, “Las empresas chinas en Argentina”, Chinese Studies Working Papers Series, 1, 2011. ([http://www.upf.edu/mxina/\\_img/SIMONIT\\_Las\\_empresas\\_chinas\\_en\\_Argentina.pdf](http://www.upf.edu/mxina/_img/SIMONIT_Las_empresas_chinas_en_Argentina.pdf) Consulta de 2 de agosto de 2016). V. nuestro trabajo: “Los aportes de J. A. Barberis a la teoría de los recursos naturales compartidos entre Estados”, ob.cit. p. 50.

la dependencia de sostén monetario externo que sufren los países en desarrollo en los que los recursos se hallan. Este tipo de posiciones que desestiman la existencia de “derechos-deberes” y sólo se basan en pretendidas ventajas económicas, rapidez de trámites, flexibilidad de concertaciones, suelen ir conexas a intereses de grandes inversionistas proveedores de capitales e insumos para el aprovechamiento de los bienes y recursos naturales en países de débil desarrollo<sup>33</sup>. Los emprendedores suelen obtener acuerdos laxos para establecerse en el lugar, en un marco de operaciones de escaso rigor jurídico-control y vagas estipulaciones en materia de responsabilidad. Cuanto más se aleja un sistema de los principios de derecho, a nuestro criterio, más cerca se halla de la arbitrariedad, la corrupción, el secretismo y el autoritarismo.

### *Modelos jurimétricos*

Autores como Tarek Majzoub y Fabienne Quillere-Majzoub<sup>34</sup>, consideran que para asegurar el logro del principio de uso equitativo y razonable de los recursos hídricos transfronterizos es ne-

---

<sup>33</sup> KOFELE-KALE, Ndiva, “Change or the Illusion of Change: The War against Official Corruption in Africa”, *George Washington International Law Review*, 2006, 38(4), pág. 697 y ss. Kofele-Kale expresa: “Corruption flourishes in countries where a culture of transparency and accountability is lacking; where democratic institutions have been compromised; where market participants do not operate under an internationally accepted set of standards; and where the rule of law ceases to exist. Since the majority of African states exist under these conditions, it is not surprising to encounter the abuse of public office for private gain. Consequently, elaborate measures need to be taken in order to both establish an environment free of corruption and foster the goal of spurring economic development.” Similar situación puede decirse que existe en varios países de América Latina.

<sup>34</sup> MAJZOUB, Tarek - QUILLERE-MAJZOUB, Fabienne, “Contribution to the operationalization of the principle of equitable and reasonable utilization of international watercourses through jurimetrics”, 65 *RHDI*, 2012, p. 313 y ss.

cesario abandonar el modelo realista basado en la decisión política, intuitiva, generalmente no debidamente informada, y sustentar las opciones en la razón objetiva, entendida, instruida, que brindan las ciencias del comportamiento, en particular la “juri-metría” (investigación científica de problemas jurídicos). Recuerdan los citados autores que Leibniz consideró que el derecho podía ser modelado con demostraciones matemáticas. Por su parte, José Ramón Ulloa Herrero<sup>35</sup> recuerda que ya en el Edad Media, Tomás de Aquino siguiendo a Aristóteles, distinguía el justo medio en la justicia conmutativa y la justicia distributiva con base en la diferencia entre la igualdad estricta o aritmética (conmutativa) y la igualdad proporcional o geométrica (distributiva en base a méritos-deméritos, necesidades-suficiencias, equivalencia-igualdades-desigualdades) (Suma Teológica II, IIq.61 a.2c.).

Los Majzoub parten para elaborar su modelo de los “factores pertinentes para una utilización equitativa y razonable de un curso de agua” establecidos en el art. 6 de la Convención de Naciones Unidas sobre los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997, y que pueden condensarse en los siguientes:

- a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales;
- b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate;
- c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua;
- d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua producen o pueden producir en otros Estados del curso de agua;

---

<sup>35</sup> ULLOA HERRERO, José Ramón, “Derecho y Matemáticas”, Anuario Jurídica, p. 501 y ss. (obtenible en <https://repositorio.unam.mx/informacion-juridica/>)

- e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua;
- f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto;
- g) La existencia de alternativas de valor comparable respecto del uso particular actual o previsto.

El mismo artículo de la Convención establece que el peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes.

Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable en caso concreto, según la referida Convención, corresponde examinar conjuntamente todos los factores pertinentes en un caso dado y llegar a una respuesta sobre la base del conjunto de esos factores. Sin embargo, el art. 10 de la Convención en su inciso segundo señala que el conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá “(...) teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales” (el resaltado nos pertenece). Es decir, a pesar de la presunta no prevalencia de un factor sobre otro, la satisfacción de las necesidades humanas debe ser considerada en un nivel superior.

Los referidos autores recuerdan el modelo computacional basado en el método cuantitativo y de lógica simbólica desarrollado por los ingenieros Z.A. Mimi y B.I. Sawalhi, como instrumento de decisión para adjudicar aguas de la cuenca del río Jordán a los Estados compartientes de la cuenca<sup>36</sup>. Los Majzoub, en su artículo realizan una labor similar, pero en situación hipotética referida a cinco Estados de una misma cuenca. En base a los artículos 5 a 10 de la Convención de Naciones Unidas de 1997, elaboraron 12 tablas ejemplificativas para arribar a la decisión correcta en materia de uso equitativo y razonable, a las que referimos en sus puntos centrales:

---

<sup>36</sup> MIMI, Z.A. - SAWALHI, B.I. “A decision tool for allocating the waters of the Jordan river basin between all riparian parties”, *Water Resources Management*, 2003, pp. 447-461.

Tabla 1. Factores asociados a la utilización equitativa y razonable, y la prevención de daños significativos

F 1 La extensión de la zona territorial influenciada por el curso de agua situado en cada Estado

F 2 El aporte de agua por cada Estado del curso de agua

F 3 La precipitación media anual sobre el territorio de cada Estado del curso de agua

F 4 El uso existente del curso de agua en cada Estado del curso de agua

F 5 La demanda de agua proyectada en cada Estado del curso de agua para el año

F 6 La población proyectada en cada Estado del curso de agua para el año

F 7 Producto Interno Bruto de cada Estado del curso de agua

F 8 La disponibilidad de otros recursos hídricos en cada Estado del curso de agua

F 9 El grado en que la necesidad de un Estado del curso de agua puede ser satisfecha, sin causar daños sensibles a otro Estado del curso de agua

Tabla 2. La extensión de la zona territorial influenciada por curso de agua situada en cada Estado

Estados A B C D E total

Zona en km<sup>2</sup> 1.867 7.663 664 7.301 234

Estándar de equidad 9 39 3 37 12 100

(porcentaje)

Tabla 3. Contribución de agua por cada Estado del curso de agua  
Estados A B C D E total

Descarga en millones de m<sup>3</sup> 155 506 115 416 148 1.340

Estándar de equidad 12 38 8 31 11 100

(porcentaje)

Tabla 4. Precipitación anual media sobre el territorio de cada Estado del curso de agua

Estados A B C D E total

Precipitaciones en mm 184 222 508 508 361 1.783

Estándar de equidad 10 12 29 29 20 100

Tabla 5. Utilización del curso de agua en cada Estado del curso de agua

Estados A B C D E total

La demanda (mill.m<sup>3</sup> an) 810 340 5 165 20 1.340

Estándar de equidad 60 25 121 2 100

Tabla 6. Proyección de la demanda de agua para el año 2035  
Estados A B C D E total

Total demanda (mill. m<sup>3</sup> an.) 2.800 1.760 3.850 23.555 1.290  
33.255

Estándar de equidad 8.4 5.3 11.6 70.8 3.9 100

Tabla 7. Proyección de población en cada Estado del curso de agua para el año 2035

Estados A B C D E total

Población en mill. 2010 6,0 4,6 4,2 15,3 2,7 32,8

Población en mill. 2035 7,6 6,7 5,2 21,8 546,3

Estándar de equidad 16.4 14.5 11.2 47.1 10.8 100

(porcentaje)

Tabla 8. El producto interno bruto de cada Estado del curso de agua

Estados A B C D E total

PBI mil. U\$S 100.5257.39317.229 17.4123.589 146.148

Rango 1 43 2 5

Estándar de equidad 6.7 26.720 13.3 33.3 100

Tabla 9. Disponibilidad de otros recursos hídricos en cada Estado del curso de agua

Estados A B C D E total

Rec disp. 2010 (mill.m3 an.) 1.104 627 3.100 21.475 215

Rec. disp. 2035 (mil. m3 an.) 2.800 1.760 3.850 23.555 1.290

Índice de estrés hídrico an. 2035 254 281 124 110600

Estándar de equidad 19 21 9 843 100

Tabla 10. Estándares para cada Estado (porcentaje)

F1 F2 F3 F4 F5 F6 F7

Estado A 9 12 10 60 8.4 16.4 6.7

Estado B 39 38 12 25 5.3 14.5 26.7

Estado C 3 8 29 1 11.6 11.2 20

Estado D 37 31 29 12 70,8 47,1 13,3

Estado E 12 11 20 2 3.9 10.8 33.3

Total 100 100 100 100 100 100 100

Tabla 11. Peso dado a cada estándar de equidad

Estándar eq. F1 F2 F3 F4 F5 F6 F7 F8 F9 total

Peso medio 8 15 14 20 12 10 8 8 5 100

Variación 7-12 12-16 12-15 17-26 10-13 8-11 7-9 7-11 2-7

Tabla 12. Asignación de derecho sobre los usos de los cursos de agua para cada Estado (porcentaje)

Estado ABCDE

21% 22% 11% 32% 14%

El modelo, basado en los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable señalados por la Convención de Naciones Unidas sobre los usos de los cursos de agua internacionales para

finés distintos de la navegación, que hemos referido, puede ser un apoyo útil, de base objetiva para la asignación de derechos de participación y uso a cada Estado de un curso hídrico o de una cuenca, pudiendo operar útilmente también en el marco de los otros modelos señalados precedentemente.

Debe tenerse en cuenta que la Convención brinda un marco jurídico adecuado a los Estados para la cooperación, el aprovechamiento, gestión y protección comunes de las cuencas hídricas que comparten. Por ejemplo, el Convenio de Albufeira entre España y Portugal de 1998 (“Convenio sobre Cooperación para la Protección y el Aprovechamiento Sostenible de las Aguas de las Cuencas Hidrográficas Hispanoportuguesas”) fue uno de los alcanzados por el influjo de la Convención de 1997<sup>37</sup>. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la Convención de 1997 manifiesta un déficit significativo en el sistema de solución de controversias que adopta, el que, al igual que la mayoría de los convenios multilaterales ambientales —a excepción de la Convención sobre Derecho del Mar— no prevé para el caso de desentendimientos entre las Partes una instancia compulsiva que lleve a una decisión pronta y vinculante. Además, nada establece de nuevo en materia de solución de controversia que ya no corresponda por el derecho internacional general. A ello se agrega que los plazos que establece son excesivamente largos y no acordes con las urgencias de la preservación, conservación o recuperación ambiental<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Sitio web oficial del Convenio: <http://www.cadc-a-lbufeira.es/> (consulta de 28 de enero de 2016).

<sup>38</sup> Convención de 1997: “Artículo 33 Solución de controversias

1. En caso de controversia entre dos o más Partes acerca de la interpretación o aplicación de la presente Convención, las Partes de que se trate, de no haber un acuerdo aplicable entre ellas, tratarán de resolverla por medios pacíficos con arreglo a las disposiciones siguientes.

2. Si las partes en la controversia no llegaren a alcanzar un acuerdo mediante negociaciones entabladas a petición de una de ellas, podrán recurrir conjuntamente a los buenos oficios o a la mediación o conciliación de una tercera Parte, utilizar, según proceda, cualesquiera instituciones conjuntas del curso de agua que hubieren establecido, o convenir en someter la controversia a arbitraje o a la Corte Internacional de Justicia.

Por otra parte, los acuerdos de cooperación inter jurisdiccionales de acuerdo al estadio de desarrollo del derecho internacional ambiental requieren ultrapasar las regulaciones de la Convención

---

3. Con sujeción a la aplicación del párrafo 10 del presente artículo, si una vez transcurridos seis meses desde la fecha de la petición de entablar negociaciones a que se hace referencia en el párrafo 2, las Partes de que se trate no han podido resolver su controversia mediante negociación o cualquier otro de los medios mencionados en el párrafo 2, la controversia será sometida, a petición de cualquiera de ellas, y a menos que convengan en otra cosa, a un procedimiento imparcial de determinación de los hechos de conformidad con los párrafos 4 a 9.

4. Se establecerá una comisión de determinación de los hechos, integrada por un miembro designado por cada una de las partes en la controversia y además por un miembro que no tenga la nacionalidad de ninguna de ellas, que será elegido por los miembros designados y que hará las veces de presidente.

5. Si los miembros designados por las partes no pueden ponerse de acuerdo en el nombramiento de un presidente en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud de establecimiento de la comisión, cualquiera de las partes en la controversia podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que nombre al presidente, el cual no tendrá la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia ni de ninguno de los Estados ribereños del curso de agua de que se trate. Si una de las Partes no designare miembro para la comisión en un plazo de tres meses a contar desde la solicitud inicial presentada con arreglo al párrafo 3, cualquier otra de ellas podrá solicitar del Secretario General de las Naciones Unidas que designe a una persona que no tenga la nacionalidad de ninguna de las partes en la controversia ni de ninguno de los Estados ribereños del curso de agua de que se trate. La persona así designada constituirá una comisión unipersonal.

6. La Comisión determinará su propio procedimiento.

7. Las partes en la controversia tendrán la obligación de proporcionar a la Comisión la información que requiera, y, previa petición, permitirle el acceso a su territorio respectivo e inspeccionar cualesquiera instalaciones, planta, equipo, construcción o característica natural que sea pertinente a los efectos de su investigación.

de 1997 e ingresar en entendimientos en materia de calidad y cantidad de los caudales ecológicos necesarios para la salud de los ecosistemas, como también en cuestión de obligaciones frente a comunidades indígenas y sus derechos de asentamiento.

### III. Reflexiones finales

El uso equitativo y razonable es base ineludible para las duraderas y pacíficas relaciones entre los Estados o entes subnacionales compartientes de recursos hídricos. Al mismo tiempo, la racionalidad en los aprovechamientos se imbrica inescindiblemente en la equitatividad y razonabilidad de los usos, haciendo que la dinámica se vuelva ecológica y económicamente sostenible.

---

8. La Comisión aprobará su informe por mayoría, a menos que sea una comisión unipersonal, y lo presentará a las partes en la controversia, exponiendo en él sus conclusiones con sus fundamentos, así como las recomendaciones que crea apropiadas para una solución equitativa de la controversia, que las partes considerarán de buena fe.

9. Los gastos de la Comisión serán sufragados a partes iguales por las partes en la controversia.

10. En el momento de ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención, o adherirse a ella, o en cualquier momento posterior, una parte que no sea una organización de integración económica regional podrá declarar en un instrumento presentado por escrito al Depositario que, en relación con una controversia no resuelta de conformidad con el párrafo 2, acepta con carácter obligatorio ipso facto y sin un acuerdo especial en relación con cualquiera de las Partes que acepte la misma obligación de que: a) La controversia sea sometida a la Corte Internacional de Justicia; o b) La controversia sea sometida al arbitraje de un tribunal arbitral establecido y en funcionamiento, a menos que las partes en la controversia acuerden otra cosa de conformidad con el procedimiento establecido en el apéndice de la presente Convención.

Una parte que sea una organización de integración económica regional podrá formular una declaración al mismo efecto en relación con el arbitraje de conformidad con el inciso b)”. (Los resaltados nos pertenecen).

Independientemente de los modelos de gestión que adopten los titulares del bien-recurso, entendemos que se torna necesario para lograr el uso racional, equitativo y razonable el seguimiento de unos pasos mínimos, como los que señalamos a continuación:

-el recurso a y la toma de consideración de la experiencia internacional, con conciencia de las particularidades y diferencias del caso propio<sup>39, 40</sup>;

---

<sup>39</sup> Las experiencias de gestión de las cuencas hidrográficas como las del Rin y el Danubio en Europa, como también el Río Chaudière en Quebec-Canadá son ejemplos de gestión integrada ambientalmente exitosa, mientras que el destino del Mar Aral[39], por el contrario, es una muestra de desastre ecológico por falta de visión de cuenca y desarrollo sustentable, destino que también puede alcanzar en breve al lago Balkhash en Kazajstán. V. KREUZBERG, Elena, Ecosystem approach in basin management in Central Asia: From theory to practice (on the example of Ili-Balkhash basin), Manager of Ecosystem Management Programme Regional Environmental Centre for Central Asia (CAREC), Almaty, Kazakhstan. (Obtenible en [www.inbo-nw.s.org/.../Euro-RIOB\\_29sept2005](http://www.inbo-nw.s.org/.../Euro-RIOB_29sept2005) Consulta de 17 de abril de 2015); v. asimismo, Annual report 2015 Regional Environmental Center for Central Asia (CAREC). (Obtenible en: [Regional\\_Environmental\\_Center\\_for\\_Central\\_Asia\\_CAREC\\_2015\\_Annual\\_Report.pdf](http://Regional_Environmental_Center_for_Central_Asia_CAREC_2015_Annual_Report.pdf) Consulta de 24 de enero de 2017).

<sup>40</sup> El Proyecto para salvaguardar los recursos hídricos de Europa (Blueprint to Safeguard Europe's Water Resources - Unión Europea) está estrechamente relacionado con la Estrategia 2020 de la UE y, en particular, con la Hoja de Ruta de la Eficiencia de Recursos 2011, de los cuales el Blueprint es el hito agua. Sin embargo, el análisis cubre un período de tiempo más largo -hasta 2050- para impulsar la política de aguas de la UE a largo plazo. (Obtenible en: [http://ec.europa.eu/environment/water/blueprint/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/water/blueprint/index_en.htm) Consulta de 8 de agosto de 2015). V. asimismo "UE Member State Governance Fact Sheets November 2012 Part of Comparative Study of Pressures and Measures in the Major River Basin Management Plans" (V. <http://ec.europa.eu/environment/archives/water/implementation2007/pdf/Governance-Pressures%20and%20Measures.pdf> Consulta de 12 de febrero de 2017).

-la consideración de ponderaciones objetivas como las que aporta la jurimetría;

-la elaboración de un plan-programa de acción concertado interjurisdiccionalmente, que se nutra del conocimiento local, que involucre la participación de las partes interesadas y la sociedad civil del área interesada;

-la creación de un cuerpo de gestión técnico-científico con mínima estructura burocrática, descentralizado, pero organizado de modo tal que permita arribar a una ejecución con visión unitaria;

-el establecimiento de órgano ejecutivo central responsable de la gestión descentralizada, pero con visión integrada y conjunta que gestione el aprovechamiento racional, razonable y equitativo, dinamice la acción y canalice la responsabilidad sobre bases concretas<sup>41</sup>;

-el establecimiento de un sistema de solución de controversias, ágil, vinculante y basado no sólo en soluciones brindadas por juristas sino por técnicos y científicos especializados conforme la cuestión<sup>42</sup>;

---

<sup>41</sup> El Banco Mundial describe a la responsabilidad (accountability- rendición de cuentas) en los siguientes términos: “La ‘accountability’ garantiza que las medidas y decisiones adoptadas por los funcionarios públicos sean sujetas a supervisión a fin de asegurar que las iniciativas del gobierno hayan sido adoptadas conforme a sus objetivos declarados, y respondan a las necesidades de la comunidad a la que están destinados”. (V. World Bank: [http://site resou rces.wor ldbank .org/pub licsect orand g over nanc e/Reso urces/ Acc ountabi lityGov ernanc e.pdf](http://site.resources.worldbank.org/publications/over nance/Resour ces/ AccountabilityGov ernance.pdf) Consulta de 22 de enero de 2017).

<sup>42</sup> Tal como lo señaláramos en trabajo anterior -“Les ressources naturelles partagées”, en J. A. BARBERIS, « Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d’Etude et de Recherche de l’Académie de Droit International », en *Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux de l’Académie de Droit International de La Haye - Rights and Duties of Riparian States of International Rivers*, Academy of International Law, Nijhoff, Den Hague, 1991-, convendría contar con listas

-una secretaría que enlace con áreas claves como energía, transportes, tratamiento de residuos, etc.;

-la existencia de recursos financieros propios por sector descentralizado.

Tal como ya lo señaláramos, ninguno de los modelos de gestión que sintetizamos obstaculiza el recurso a los otros. Más bien, por el contrario, todos pueden coadyuvar al logro del objetivo de una gestión integrada y conjunta con visión unitaria de la cuenca o curso de agua que logre su uso equitativo, razonable, racional, óptimo en sentido económico y ecológico.

---

de expertos de alto nivel estables, ajenos a la nacionalidad de los Estados compartientes de la cuenca o curso de agua (3 por especialidad), designados por los Estados de la cuenca o curso de agua por plazos no menores a cinco años y reelegibles (para evitar eventuales dependencia políticas) cuando la controversia verse sobre cuestiones científicas o técnicas, con recurso obligatorio a su dictamen, el que debería ser previo a una solución diplomática o jurisdiccional. Todos los plazos, tanto del área técnico-científica como los de la jurídica deberían ser muy breves, atento a la naturaleza de los daños ecológicos y socio-económicos que las demoras pueden acarrear.

**Control de constitucionalidad y cosa juzgada.  
Nueva causal sobreviniente de cosa juzgada írrita**

AB. JOSÉ AGUSTÍN RUTA

*“Los preceptos del derecho son estos: Vivir honestamente,  
no hacer daño a otro y atribuir a cada uno lo suyo”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> ULPIANO, Digesto, 1.1.10.



El objeto del presente artículo y aporte jurídico, es examinar la posible interrelación entre el control judicial de constitucionalidad y la cosa juzgada.

Considerando que el juez al momento de dictar sentencia (o previamente) debe verificar de oficio la constitucionalidad de las normas que aplica, y que la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada se incorpora según la Corte Suprema de Justicia al patrimonio de la persona quedando resguardada por el manto de protección del art. 17 de la Constitución Nacional, vale la pena preguntarse si en aquellos casos en los que el juez no ha ejercido un adecuado control de constitucionalidad se genera una nueva causal de impugnación de la sentencia firme puesto que la misma devendría írrita.

La necesidad de tratar el tema parte de los siguientes interrogantes: ¿qué sucedería con la sentencia de primera instancia que sin el necesario control de constitucionalidad no es revisada (vía recursiva) por la Cámara, quedando firme y consentida para las partes y constituyendo jurisprudencia? ¿Es ésta una sentencia constitucional justa strictu sensu? Si se admite la procedencia de la declaración de cosa juzgada írrita para supuestos de fraude, entuerto procesal, vicios sustanciales, errores materiales y formales, delitos, connivencia entre las partes y/o entre éstas y el juzgador, ¿no debiera ser admitida y declarada con mayor razón en casos donde el juez no ha ejercido el control de constitucionalidad como una cuestión de Derecho?

En el contexto del sistema jurídico-constitucional puntano y teniendo en especialmente en cuenta la previsión expresa del artículo 210 de la Carta Magna provincial, ¿es admisible la falta de ejercicio del control de constitucionalidad de oficio como cuestión de Derecho frente a una sentencia constitucional que se pretenda firme y pasada en autoridad de cosa juzgada?

En el presente capítulo se analizarán estos interrogantes, entre otros, y, como se verá más adelante, se propondrá el estableci-

miento de una nueva causal de impugnación de la sentencia firme, que podría ser denominada causal sobreviniente de procedencia de la cosa juzgada írrita.

### **Razón de ser de la “cosa juzgada”**

Los conflictos, al convertirse en litigios por la materialización de la pretensión en la acción deducida mediante una demanda, necesitan resolverse, bien o mal, de una vez y para siempre.

Pero el proceso, vehículo al fin, instrumento, medio, no está exento de defectos porque es operado por hombres y, al decir de Carnelutti<sup>2</sup>, la experiencia demuestra la inseparabilidad del juicio (proceso) y el error, al punto que aquél implica en su estructura todo un sistema de precauciones contra éste último.

El legislador debe buscar un punto de equilibrio entre seguridad jurídica y justicia que abra la posibilidad de remedio para las irregularidades; ese camino es el de las impugnaciones, entre las que se destacan los recursos procesales.

Pero habrá un momento en el que los recursos se agotan, sin que esté totalmente garantizado que se han subsanado los errores o corregido las injusticias. El litigio se termina en la inteligencia de que su trámite contribuirá a acallar y finiquitar el conflicto sociológico, que es su razón de ser.

Este finiquito actúa como válvula de seguridad para terminar con el entuerto, para imposibilitar que se regenere eternamente. Se dice que así se asegura la paz social y se elimina la incertidumbre<sup>3</sup>.

Esta virtualidad, conocida como “cosa juzgada” (es decir asunto terminado, resuelto) se funda en la seguridad jurídica. Lo resuelto alguna vez adquiere un valor de certeza, por supuesto que no plena ni absoluta, es decir jurídica y relativa, pero que hace que

---

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francisco, *La prueba civil*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.

<sup>3</sup> Cfr. EISNER, Isidoro, “Contenido y límites de la cosa juzgada”, en L.L., 1981-A-36.

la decisión no pueda modificarse, deviniendo definitiva, sin poder mutar y convirtiéndose en la razón del que ha triunfado.

Con la impugnación de la “cosa juzgada” no se resquebraja el valor seguridad jurídica<sup>4</sup> toda vez que si se anula una sentencia firme a través del proceso de impugnación de la cosa juzgada sólo se retractan derechos mal adquiridos<sup>5</sup> a la luz de la garantía prevista en el art. 17 de la Constitución Nacional para proteger la parte incorporada al patrimonio de la persona por sentencia firme<sup>6</sup>, al punto de ser catalogada cuestión de orden público<sup>7</sup> ya que puede existir un ordenamiento jurídico más o menos perfeccionado si los juicios no tuvieran fin<sup>8</sup>.

### **La *res iudicata*. Consideraciones sobre la fuerza legal, autoridad, eficacia e irrevocabilidad que adquiere la sentencia**

La cosa juzgada hace que lo resuelto adquiera firmeza y se mantenga inalterable, impidiéndose la discusión, alteración y la modificación del factum sometido a proceso<sup>9</sup>.

Clariá Olmedo define a la cosa juzgada como el atributo que la ley asigna a la sentencia firme para que el caso concreto resuelto por ella se mantenga inmutable para el futuro como garantía de

---

<sup>4</sup> A este respecto, ver el trabajo del suscripto in extenso, publicado en La Ley Online y en Periódico Judicial del Poder Judicial San Luis, intitulado “La C.S.J.N. puso límite jurídico moral a ciertas maniobras implementadas en algunos concursos preventivos, comentario a fallo”; disponible en [www.periodicojudicial.gov.ar](http://www.periodicojudicial.gov.ar) link aportes académicos.

<sup>5</sup> HITTERS, Juan C., Revisión de la cosa juzgada, Platense, La Plata, 1977.

<sup>6</sup> RUBIN, Carlos, La cosa juzgada. Revisión, ponencia presentada en CNSMLACD.

<sup>7</sup> SCBJ, 13-11-90, L.L. 1991-C-295, 1991-B-2201; CNCiv., Sala F, 25-9-78, L.L. 1979-A-23.

<sup>8</sup> HITTERS, J., Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual, ponencia en CNSMLA, Libro de Ponencias.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Andrés A.; GRINBAUM, Mario R. y GIRÓN, Mariana, La revisión de la cosa juzgada, en Ponencia CNSMLA CD.

seguridad jurídica. Se trata de transformar la res iudicanda en res iudicata; de trasladar el objeto del proceso al resultado de éste por medio del juicio<sup>10</sup>.

Se encuentra vinculada directamente al principio *non bis in idem*, el que requiere en doctrina la existencia de la triple identidad de sujetos, objeto y causa. Así las cosas, la res iudicata es inimpugnable: la ley impide todo ataque ulterior cuyo objeto sea la revisión de la misma materia.

En definitiva, la “cosa juzgada” es la irrevocabilidad que adquiere los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla; indica fehacientemente “punto final”<sup>11</sup>. Como enseña Couture<sup>12</sup>, el concepto jurídico de cosa juzgada es algo más que la suma de sus dos términos, ella es una forma de autoridad y una medida de eficacia. En idioma alemán el concepto se expresa con los vocablos *Recht* y *Kraft*, derecho y fuerza, fuerza legal, fuerza dada por la ley. En castellano, como en todos los idiomas latinos, cosa juzgada es res iudicata, lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial.

Eisner por su parte define a la cosa juzgada como “un atributo de las sentencias judiciales que no siendo susceptibles de ser atacadas ni alteradas, dentro del proceso o fuera de él, otorga la certeza definitiva de la ‘verdad legal’ impuesta por la autoridad del Estado”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal*, Desalma, Buenos Aires, 1983.

<sup>11</sup> Debo esta idea a mi gran y querido amigo Horacio Guillermo Zavala Rodríguez (h), cuando compartiendo un almuerzo al final de la jornada laboral, conversando respecto a éste y otros temas, dada su permanente colaboración, generosidad intelectual y experiencia personal, casi sin darse cuenta, me sugirió sutiles ideas; todo lo que me parece justo mencionar y agradecer.

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

<sup>13</sup> EISNER, Isidoro, *Contenido y límites de la cosa juzgada*, en L. L. 1981-A-35.

### ¿Cuándo es írrita la *cosa juzgada*?

La cosa juzgada deja de ser “res iudicata”, “punto final”, “derecho y fuerza”, “verdad legal” y pasa a ser “írrita” cuando es “intrínsecamente injusta”, “fraudulenta”, “viciada extrínsecamente” por agentes productores de un entuerto procesal, por un error de hecho esencial que determine un mala aplicación de la ley, o lo que es más grave, por haberse consentido la aplicación de una norma inconstitucional, ya sea porque no se planteó o porque no se mantuvo la inconstitucionalidad de la norma por las partes.

Es decir, la cosa juzgada írrita o fraudulenta se constituye en el mayor perjuicio y la más grande afrenta que el fraude procesal puede ocasionar a la majestad de la justicia y a la santidad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En cuanto a los supuestos de procedencia de la cosa juzgada írrita, como se estableció en el primer párrafo de este epígrafe, la cosa juzgada fraudulenta o viciada extrínsecamente por agentes productores de un entuerto procesal, que no son ni más ni menos que toda suerte de maquinaciones enderezadas a obtener el dictado de una sentencia que no refleje la verdadera voluntad del ordenamiento, quedando comprendido dentro del saco del “fraude procesal”, tanto el caso de la estafa procesal como el dictado de la sentencia pronunciada previo cohecho con el juzgador. Se trata siempre de maquinaciones más o menos intencionales, quedando excluidas las circunstancias fortuitas. El mismo apelativo utilizado (la voz “fraude”) está alertando sobre la exclusión de lo fortuito e, inclusive, de la conducta meramente culpable.

Al respecto, Ricardo Levene (h)<sup>14</sup> señala que por fraude procesal se entiende a) “toda resolución judicial en que el juzgador ha sido víctima de un engaño, por una de las partes, debido a la presentación falaz de los hechos, a probanzas irregulares, en especial por testigos amañados o por documentos alterados e incluso por una argumentación especiosa”, aunque en un sentido

---

<sup>14</sup> LEVENE, Ricardo (h), “Fraude procesal. Algunas precisiones sobre este delito y las confusiones existentes con otras figuras delictivas”. Publicado en: LA LEY 2000-C, 1095.

más específico a veces se alude con esta palabra a: b) “obtención dolosa de una sentencia, a fin de substraer determinados bienes al procedimiento ejecutivo, con el perjuicio consiguiente para los acreedores del dueño de esos bienes”.

Agrega que “la moralización del proceso, ha sido un fenómeno mundial muy lento, pues los viejos códigos hoy derogados, basados en el individualismo y en el más crudo principio dispositivo, no sancionaban la mala fe, la falta de probidad, ni la falta de sinceridad, ni el fraude procesal”<sup>15</sup>.

La Comisión que estudió el tema en las Primeras Jornadas de Derecho Procesal, celebradas en la ciudad de Rosario en el año 1969, definió al fraude procesal como: “Toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares que tienda a obtener o dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial con fines ilícitos o a impedir su pronunciamiento o ejecución. El fraude puede ser unilateral o bilateral, realizado con el proceso o dentro del proceso, para inducir a engaño al juez o a una de las partes y en perjuicio de éstas de terceros o del ordenamiento jurídico”.

El ardid o engaño puede consistir en la presentación de documentos falsos, en la utilización de documentos verdaderos usados fraudulentamente, en testigos falsos, en la prueba judicial de hechos falsos o que no existen en virtud de la acreditación jurídica de la misma por medio del reconocimiento de la otra parte (ello en el proceso Civil en que rige el principio dispositivo) que permite tener por acaecido lo afirmado. Este reconocimiento de la otra parte puede ser en connivencia con la parte actora, o no. El fraude puede producirse unilateral o bilateralmente, según que el ardid tendiente a engañar al juez, sea desplegado por uno o más sujetos procesales.

Asimismo, el fraude puede presentarse en el proceso o mediante el mismo. En el primer caso se realiza un acto o una serie de actos que vician una o algunas etapas del proceso (ej.: notifica-

---

<sup>15</sup> LEVENE, Ricardo (h), “Fraude procesal. Algunas precisiones sobre este delito y las confusiones existentes con otras figuras delictivas”. Publicado en: LA LEY 2000-C, 1095.

ción de la demanda en un domicilio falso con la complicidad de quien recibe la notificación). En la segunda hipótesis, todo el proceso es simulado (ej.: cuando las partes simulan causas de divorcio inexistentes).

Entonces, siguiendo a Jorge W. Peyrano<sup>16</sup>, la acción autónoma de nulidad de sentencia por cosa juzgada írrita requiere: a) la existencia efectiva de una sentencia de mérito pasada en autoridad de cosa juzgada; b) el dictado de la sentencia cuya eficacia se pretende cancelar debe haber obedecido a la interferencia de un “entuerto”, entendido esto último como cualquier circunstancia (objetiva o subjetiva, dolosa o fortuita) que ha iniciado para que aquella no reflejara la verdadera voluntad del ordenamiento; c) como corresponde exigir de toda nulidad con resonancias procesales, cuando se reclama la nulidad que, realmente, con su emisión se haya provocado un perjuicio; y d) el perjuicio que se alega debe estar ligado por una relación causal adecuada con la sentencia que se pretende revisar.

Otro de los supuestos de procedencia de la cosa juzgada írrita y que por ende viabilizan la pretensión nulificatoria, lo constituye el “error de hecho esencial que determine una mala aplicación de la ley”, vicio que emana del Tribunal inducido por maniobras dolosas o tendenciosas de las partes. Con relación a ello la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, el 2 de septiembre de 1999 en autos “Banco de Prev. Social; E., L. G. en: Banco de Prev. Social.” (publicado en La Ley 1999-F, 529 - L.L. Gran Cuyo 2000, 201 - DJ 2000-1, 938 - ED 185, 877), dijo: “La acción autónoma de nulidad procede cuando existe una grave deficiencia en el material de percepción del órgano judicial, determinante de un error en el conocimiento de los hechos que fundamentan la sentencia. Así, el dictado de la misma debe haber obedecido a alguna circunstancia (objetiva o subjetiva, dolosa o fortuita) que haya incidido para que no refleje la verdadera voluntad del ordenamiento”.

---

<sup>16</sup> PEYRANO, Jorge W., La impugnación de la sentencia firme, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2009, Tomo I, pág. 23 y sgtes.

Manifestó además que “la vía idónea para la revisión de los fallos firmes cuando existen graves vicios que producen una evidente situación de injusticia es la acción autónoma de nulidad y no el incidente”.

Finalmente, nos encontramos con el último supuesto de procedencia de la cosa juzgada írrita, y es aquí donde nos vamos a detener.

Como se enunció *ut supra*, la cosa juzgada también procede cuando se ha consentido la aplicación de una norma inconstitucional, ya sea porque no se planteó o bien porque no se mantuvo la inconstitucionalidad de la norma por las partes.

Dado el supuesto precedentemente enunciado, también procedería la pretensión nulificatoria por virus o vicios susceptibles de ser reparados por la revisión de la sentencia firme. Vimos que, en principio, la doctrina admitía dicha acción sólo en casos concretos por dolo y fraude, “y que no se hayan podido articular recursos extraordinarios como la casación o recurso de revisión donde estuvieran legislados, reconociendo que aunque resultara injusta por haber consentido la aplicación de una norma inconstitucional, por no haberla planteado y mantenido, no siendo usado tal remedio procesal en tiempo oportuno para obstar su aplicación, aunque intrínsecamente injusta por írrita, en tanto no esté en tela de juicio la voluntad del juzgador viciada por vicios extrínsecos a la sentencia misma, tal sentencia no podría ser revisable por la vía autónoma sin perjuicio de aggiornar estos criterios y admitir la viabilidad de la acción autónoma ante el error de hecho esencial que determina la falla en el pensamiento del juzgador: está viciada la apreciación de los hechos de manera esencial que determina una mala aplicación de la ley”<sup>17</sup>.

El vicio que determina y hace írrita a la sentencia está supeditado a la falta de planteamiento por la parte de la inconstitucionalidad de la norma para su inaplicabilidad al caso y de ése modo

---

<sup>17</sup> CARBONE, Carlos Alberto, “Impugnación de la sentencia firme en el proceso civil, concursal, laboral, administrativo e internacional”, publicado en *La impugnación de la sentencia firme*, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2009, Tomo I, pág. 81/87.

convierten en injusta la sentencia por aplicación de una norma inconstitucional o bien, inválida por infraconstitucional; admitiéndose también la falta de mantenimiento del planteo de la cuestión constitucional para la procedencia de la pretensión nulificatoria, pero siempre y en todos los casos, por cuestiones imputables a las partes.

### **Reflexiones finales**

Si se admite la procedencia de la declaración de cosa juzgada írrita para supuestos de fraude, entuerto procesal, vicios sustanciales, errores materiales y formales, delitos, connivencia entre las partes y/o entre éstas y el juzgador, con mayor razón aún debiera admitirse cuando se ha consentido la aplicación de una norma inconstitucional, ya sea porque no se planteó o bien porque no se mantuvo la inconstitucionalidad de la norma por las partes.

En consonancia con el necesario control de constitucionalidad de oficio, considero que se debiera admitir una nueva causal de procedencia de la impugnación de la sentencia firme cuando se ha consentido la aplicación de una norma inconstitucional porque el juzgador no la declaró inconstitucional de oficio inaplicándola en su caso.

Lo que fundamenta la sustancia de la pretensión autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita, según Peyrano, es “cualquier circunstancia (objetiva o subjetiva, voluntaria o fortuita) que redunde en que la sentencia final no refleje fielmente la verdadera voluntad del ordenamiento jurídico”, como sería el caso de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada donde el juez no ha ejercido un adecuado control de constitucionalidad como una cuestión de derecho, constituyéndose una nueva causal sobreviviente de impugnación de sentencia firme.

En el caso puntano, esta nueva causal sobreviviente de procedencia de la cosa juzgada írrita se fundamentaría, a más de lo expuesto en el párrafo precedente, en lo prescripto por el art. 210 de la Constitución de la Provincia de San Luis cuando dispone que

“El juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional, siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez, a pedido de parte o de oficio, debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica, ...con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes..., de modo que su aplicación importe la realización de la justicia”.

A este respecto y respondiendo a otro de los interrogantes planteados al inicio, considero que es inadmisibles la falta de ejercicio del control de constitucionalidad de oficio como cuestión de Derecho si lo que se pretende y busca es una sentencia constitucional.

La causal de revisión de la cosa juzgada se sustenta en la ausencia de norma que respalde la decisión que materializa la sentencia atacada, por ser inconstitucional la norma aplicada en base a la cual se decidió.

Como se dijo arriba, siendo fundamento de la pretensión autónoma de nulidad de la cosa juzgada írrita “cualquier circunstancia (objetiva o subjetiva, voluntaria o fortuita)”, podemos encuadrar la nueva causal de revisión (el hecho de haberse consentido la aplicación de una norma inconstitucional porque el juzgador no la declaró inconstitucional de oficio inaplicándola en su caso), no solamente como un vicio intrínseco esencial de la sentencia sino como “circunstancias” que nulifican el valor de la misma.

Esa circunstancia objetiva es por el hecho de ser el control de constitucionalidad una “cuestión de Derecho” tal como lo refiere la Constitución de la Provincia de San Luis, circunstancia que, por otro lado, no condice o al menos no hace gala de lo que debería o al menos tendría que ser una sentencia justa o sentencia constitucional stricto sensu, o lo que mínimamente se esperarías de un juez de la Constitución y la Ley.

Sin desconocer que el proceso civil donde debiera verificarse de oficio la constitucionalidad de las normas previo a dictar sentencia, como una cuestión de derecho, tiene y cumple una función instrumental, no obstante ello, llegado el caso podría admitirse la nueva causal de procedencia de la impugnación de la sentencia firme (cuando se ha consentido la aplicación de una norma in-

constitucional porque el juzgador no la declaró inconstitucional de oficio inaplicándola en su caso), toda vez que el objeto de los procedimientos es la efectivización de los derechos prometidos por los Códigos Civil y Comercial debiendo interpretarse jurídica y constitucionalmente la norma de modo tal que prevalezca la verdad material fáctica y legal sobre la verdad formal tal como lo sostuvo nuestra Corte Suprema en el “caso Colalillo”<sup>18</sup>, debiendo evitar la pérdida de derechos de fondo a raíz de la aplicación de normas inconstitucionales.

Otro argumento a tener en cuenta y que puede dar lugar a pensar que la sentencia donde el juez no ejerció control constitucional de oficio deviene írrita por la nueva causal esbozada (no siendo sentencia constitucional stricto sensu), podría esgrimirse a partir de que hay una clara conciencia de que también la Constitución Nacional es una norma legal operativa.

No es un catálogo de buenas intenciones nuestra Carta Magna Nacional, menos aún lo es la Constitución Provincial, ninguna de ellas (al decir de García de Enterría), aspira a quedarse en el cielo de los conceptos, ya lo hemos señalado al referirnos a los principios jurídicos, vale recordar y reiterar que los principios constitucionales son concebidos como normas jurídicas corrientes que también contribuyen a resolver los casos cotidianos; tanto es así que, Zagrebelsky ha llegado a decir que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio<sup>19</sup>.

Incorporar esta nueva causal, importaría regular una situación de injusticia que de hecho se configuraría en caso de que la constitucionalidad de las normas en juego no se haya verificado a lo largo del proceso por inactividad de sus agentes, arribando a una sentencia inconstitucional cuya impugnación sobreviene procedente toda vez que la cosa juzgada se encuentra cuestionada.

---

<sup>18</sup> CSJN, Fallos, 238.

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Derecho dúctil”, Madrid, Editorial Trota, 1997, traducción de María Gascón.

Regulando esta nueva causal se estaría estableciendo una obligación en cabeza de los jueces, quienes se verán constreñidos a dictar sentencia, compatibilizando las normas que aplican con la Ley Superior en respeto a la garantía constitucional que tienen los justiciables de acceder a la jurisdicción, en busca de una sentencia justa pasada en autoridad de cosa juzgada, que se incorpore a su patrimonio; función pública que procura la mejora cualitativa del servicio de administración de justicia en respeto a la institucionalidad del Poder Judicial.

## La acción de revisión en el Código Civil y Comercial, el recurso de revisión en el Código Procesal Civil de San Juan y la prescripción

AB. ROBERTO M. PAGES LLOVERAS

*“El magistrado es lo activo en la administración de justicia: las leyes se tamizan a través de su temperamento y se modelan en su espíritu y criterio, para traducir, según el hombre, rigor o templanza, elevación o medianía, cultura o empirismo. Por eso resulta lo eminente: la justicia será más o menos encomiable, no según que las leyes sean buenas o malas, sino según que los magistrados sean excelentes o mediocres”.*

ALFREDO COLMO<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> COLMO, Alfredo; “La Justicia”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1957.



## I. Introducción

En la revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada deben ponderarse los valores de seguridad jurídica<sup>2</sup> y de justicia<sup>3</sup>, para que solo en determinadas circunstancias extraordinarias pueda ser invalidada.<sup>4,5</sup>

Mientras el primero conlleva a que siempre una sentencia firme sea irrevocable, según el segundo puede convenir que en cualquier momento pueda someterse a la revisión judicial una sentencia con valor de cosa juzgada cuando es intolerablemente injusta<sup>6</sup>, pero la posibilidad de la realización del valor justicia sin

---

<sup>2</sup> La seguridad jurídica es un valor fundamental que, si bien no es absoluto, posee raigambre constitucional y no puede ser desatendido por la magistratura en su tarea hermenéutica (art. 17, Const. nac.; C.S.N., Fallos 291:493; 299:373; 308:139, entre otros).

<sup>3</sup> La Constitución Nacional en su Preámbulo refiere a “afianzar la justicia”, lo cual implica no tolerar una sentencia obtenida a través del fraude o írrita.

<sup>4</sup> La autoridad de la cosa juzgada responde a una consideración esencial de orden público: la necesidad de que el orden y la paz reinen en la sociedad poniendo fin a los litigios y evitando que los debates entre partes se renueven indefinidamente (Cfr. CSJBs.As .Ac. 40.794, sent. del 30/V/1989; Ac. 81.004, sent. del 30/X/2002; Ac. 92.718, sent. del 26/IV/2006; entre otras).

<sup>5</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros, reconociéndose que en el supuesto de colisión de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, debe buscarse la solución que haga que todos conserven su identidad; que las normas constitucionales debe interpretarse armonizadamente, respetando los principios fundamentales que la informan (Fallos 236:103; 181: 343, ente otros).

<sup>6</sup> Para MONTERO AROCA, el peculiar fundamento del recurso de revisión es la injusticia. MONTERO AROCA, J. (con ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER); “Derecho jurisdiccional”, ed. Bosch. Barcelona, 1989. T.II, vol.I. pág. 454.

detrimento alguno del bien seguridad justifica que solamente debe ceder la autoridad de cosa juzgada de la sentencia en aquellos supuestos en que fue obtenida por medio del fraude o resulte írrita.<sup>7</sup>

Así, la procedencia de las impugnaciones de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada debe determinarse con especial cautela y rigurosa conciencia de sus implicancias, pues el impostergable requisito de la practicidad del derecho impone el establecimiento de un punto final para la discusión de un caso.<sup>8</sup>

Se considera que el antecedente de la revisión de una sentencia firme en la legislación española, lo encontramos en el Código de las Siete Partidas (leyes XIII y XXIV de su título XXII, y las leyes I y II del título XXVI).<sup>9</sup>

Establecía dicha normativa, en sustancia, que se podía dejar sin valor la sentencia dada en el primer juicio si lo fue en virtud de falsos testigos, falsas cartas o por otra falsedad cualquiera.<sup>10</sup> Luego fue contemplada esta posibilidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero no en la de 1855. La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del Reino de España la prevé en los artículos 509 a 516.<sup>11</sup>

Se ha discutido ampliamente sobre si la revisión se corresponde con la naturaleza jurídica de un recurso extraordinario<sup>12</sup> o de una acción (pretensión) impugnativa autónoma.<sup>14, 15, 16</sup>

---

<sup>7</sup> HITTERS, Juan Carlos; "Revisión de la cosa Juzgada", 2ª Ed., Platense, La Plata, 2001, pág. 281.

<sup>8</sup> C.S.J.N. Fallos 294:434.

<sup>9</sup> Disponible en: <https://www.wdl.org/es/item/10642/> (Biblioteca Digital Mundial).

<sup>10</sup> LLORENTE SANCHEZ ARJONA, Mercedes; "La Revisión en el Proceso Civil". Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex11/BMD00011908.pdf>

<sup>11</sup> Disponible en:

<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1#a509>

<sup>12</sup> FENECH, Miguel; "Derecho Procesal Penal", II Tomo, Editorial Labor S.A., Barcelona - Madrid, 1960.

<sup>13</sup> CALVO SÁNCHEZ, M.C.; "La revisión civil", ed. Montecorvo. Madrid, 1977. Págs. 61 y ss.

Ahora bien, lo que nos interesa en esta oportunidad es analizar el plazo de prescripción fijado en el Código Civil y Comercial de la Nación para la acción autónoma de nulidad y relacionarlo con los plazos fijados en el recurso de revisión en la normativa procesal de la Provincia de San Juan.

## II. La acción autónoma de nulidad y el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación únicamente hace referencia a la acción autónoma de nulidad en el supuesto de la letra f) del artículo 2564, norma en la que se establecen los casos de prescripción de un año.<sup>17</sup>

Por tanto, la revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada exclusivamente puede plantearse dentro del año, tal como expresamente ha establecido el legislador, pasado el cual se impone la seguridad jurídica.

---

<sup>14</sup> MORELLO, Augusto; “Pretensión Autónoma de Sentencia Declarativa Revocatoria de la Cosa Juzgada Irrita”, ED 36-288 y LL 142-296.

<sup>15</sup> ARAZI, Roland; “Acción de revisión de la cosa juzgada írrita”, Revista de Derecho Procesal nro. 2, Ed. Rubinzal- Culzoni, 1999, p. 377.

<sup>16</sup> PEYRANO, Jorge W.; “La Impugnación de la Sentencia Firme”, ed. Rubinzal-Culzoni, 2009.

<sup>17</sup> Sin perjuicio de ello, en el art. 1780 del Código Civil y Comercial de la Nación se prevé: “Sentencia penal posterior. La sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos: a) si la sentencia civil asigna alcances de cosa juzgada a cuestiones resueltas por la sentencia penal y ésta es revisada respecto de esas cuestiones, excepto que derive de un cambio en la legislación; b) en el caso previsto en el artículo 1775 inciso c) si quien fue juzgado responsable en la acción civil es absuelto en el juicio criminal por inexistencia del hecho que funda la condena civil, o por no ser su autor; c) otros casos previstos por la ley”, pero en esta norma que alude a la “revisión” no se indica si la vía es el recurso o la acción (pretensión) autónoma de nulidad.

La pregunta que surge de la lectura de la norma es: ¿cómo se computa el plazo del año?

En la doctrina, por un lado se sostiene que “puede considerarse que, como lo dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil española, se trata de período máximo desde la fecha de la publicación de la sentencia y si el perjudicado toma conocimiento del vicio con posterioridad al año, no tendrá ya oportunidad de impugnar la sentencia”<sup>18</sup>. Otros agregan que puede interpretarse que el cómputo del plazo comienza desde la fecha que el titular de la acción conoció o pudo conocer la causa írrita de la cosa juzgada<sup>19</sup> y en restantes comentarios no se alude a la forma en que debe computarse ese plazo.<sup>20, 21</sup>

### III. El recurso de revisión en la legislación Constitucional y Procesal de San Juan

La acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita o fraudulenta es en San Juan una acción (pretensión) constitucional, ya que nuestra Constitución la contempla como “recurso de revisión” en el Art. 210<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> JULIO CÉSAR RIVERA - GRACIELA MEDINA (Directores), “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO”, ed. La Ley, T° 6, pags. 675/680.

<sup>19</sup> ALTERINI, Jorge H. – Director General-; “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético-”, T° XI, pág. 873.

<sup>20</sup> Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso (Directores); “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI Libro Quinto y Libro Sexto Artículos 2277 a 2671, Disponible en: [http://www.sajj.gob.ar/doc/s-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_VI.pdf](http://www.sajj.gob.ar/doc/s-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf)

<sup>21</sup> ALFERILLO, Pascual; en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), Ed. Rubinzal-Culzoni, T° XI, pág. 370.

<sup>22</sup> Cfr. Exposición del Convencional Sr. Acosta, en el debate de la Convención Constituyente de 1986, sobre los Arts. 208 y 210. Disponible en: <http://www.legislaturasanjuan.gob.ar/cuerpos/legislatura/convencion-constituyente-1986>

Con ello en claro se estableció que la cosa juzgada podría ceder ante el recurso de revisión, regulado en los arts. 265 bis, ter, quater y quintus del CPCCyM.<sup>23</sup>

---

taq uigrafi cas/item list/cat egory/279 -conv encion -cons tituy ente-  
1986?s tart =24

<sup>23</sup> Artículo 265 bis. Recurso de Revisión. El recurso de revisión podrá ser iniciado únicamente contra sentencias definitivas ejecutoriadas en que se verifique algunas de las circunstancias siguientes:

- 1) Hubieren sido dictadas por Jueces cuyo nombramiento no reúna los requisitos establecidos en la Constitución Provincial.
- 2) Se hayan dictado en virtud de documentos reconocidos o declarados falsos, ignorándolo el recurrente, o cuya falsedad se reconociera o declarara después.
- 3) Después de pronunciada la sentencia definitiva, la parte perjudicada hallase o descubriese documentos decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor, o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado.
- 4) Se hubieren obtenido en virtud de violencia, prevaricato, cohecho judicial u otra acción fraudulenta, o en base a prueba testifical, pericial o confesional falsa y sus autores hubiesen sido judicialmente condenados después de dictada la sentencia recurrida.

La apreciación sobre la procedencia del recurso de revisión, se realizará con criterio estricto. En los supuestos de los Incisos 2, 3 y 4 los actos o pruebas viciados deberán haber sido decisivos y esenciales en el dictado de la sentencia objeto del proceso. No será admisible esta pretensión cuando se invocaren vicios de la actividad procesal, errores de juzgamiento o, en general, aquellos agravios cuya corrección debió procurarse a través de los incidentes y recursos pertinentes en el juicio cuya sentencia se ataca.

ARTICULO 265 ter. Competencia. El Juez competente para intervenir en el presente recurso, será:

- 1) El Juez o Tribunal que dictó la sentencia, una vez legalmente constituido, en el caso del Inciso 1) del Artículo 265 bis.
- 2) En los demás casos previstos en el Artículo 265 bis, el Juez o Tribunal que hubiese dictado la sentencia cuya revisión se pretende, en cualquiera de las instancias ordinaria o extraordinaria en que el vicio se exteriorice.

Por una cuestión de tradición en San Juan siempre se la ha tratado como “recurso”. Así lo hacían el Código Procesal Civil de la Provincia de 1890, con las correcciones de 1893 (art.338); el código de 1911 (arts. 364 y ss); el anteproyecto de Código Procesal Civil del Dr. Ángel D. Rojas de 1911 (art. 415); la Constitución de la Provincia de 1927 (art. 121); y el Código Procesal Civil de 1973 (arts. 283 y ss).

La Legislatura de San Juan ya tiene precedentes donde se lo trata como “recurso”, cual es el Código Procesal Penal del año 2004. Allí se reglamenta el recurso de revisión (arts. 596 y ss) el que se deduce ante la Corte de Justicia (art. 597), lo que ya se hacía en la reforma por la ley nº 6140 de 1994<sup>24</sup>.

---

Si en el supuesto del Inciso 4) del Artículo 265 bis, la causa de la revisión alcanza la actuación del Juez, intervendrá el, que legalmente deba reemplazarlo.

Artículo 265 quater.- Plazos. Trámite. El juicio podrá iniciarse dentro de los treinta días contados desde la constitución del Tribunal en la forma y condiciones establecidas en la Constitución en el supuesto del Inciso 1) del Artículo 265 bis, o de los quince (15) días contados desde el siguiente al que se recobraren los documentos o se tuvo conocimiento de ellos o se declaró la falsedad en los demás casos. Este proceso no podrá ser iniciado pasados tres años desde que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada material. Interpuesto el recurso de revisión de sentencia ejecutoriada, se revolverá previamente sobre su admisibilidad. Si se admitiere formalmente tramitará por el trámite de juicio ordinario. La sustanciación del recurso de revisión no suspenderá la ejecución de la sentencia objeto del mismo. En supuestos excepcionales en que de los elementos allegados al proceso surja certeza suficiente de las razones invocadas por el actor, el Tribunal con caución suficiente, podrá disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia objetada. La contraparte podrá solicitar la ejecución, rindiendo caución real suficiente adecuada a la importancia del recurso y las circunstancias del caso. Serán partes necesarias de este proceso las que lo hubieren sido en el proceso en el que se dictó la sentencia objetada. En consideración a la gravedad de los intereses institucionales y sociales comprometidos, el Tribunal interviniente deberá: 1) Otorgar trámite preferencial a este recurso, dando prio-

Es decir que en San Juan hay una cuestión de tradición y de derecho constitucional para tratarlo como “recurso”.

Se trata de un medio impugnativo excepcional, el cual tiene en nuestro Código una regulación independiente y claramente delimitada frente a otros recursos. La excepcionalidad de este medio se encuentra principalmente en la circunstancia de la exclusividad de su objeto, sea del acto atacado, que lo distingue de otro tipo de impugnación en materia civil, el cual debe consistir en una sentencia condenatoria firme y -por ende- que haya adquirido autoridada de cosa juzgada.

Nadie osaría negar el carácter verdaderamente excepcional de un recurso de revisión, lo que requiere siempre un examen minucioso y riguroso de su admisibilidad y contenido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación solo ha permitido la posibilidad de apartarse de la cosa juzgada en casos excepcionales de gravedad institucional.<sup>25</sup>

El objeto del recurso de revisión es procurar el restablecimiento de la justicia material de la decisión, cuando ésta ha sido afectada por situaciones exógenas que no pudieron plantearse en el proceso correspondiente, pero que, a juicio del legislador, revisten tal gravedad que autorizan romper el principio de la cosa juzgada. Pero la revisión ha tenido y tiene un carácter marcadamente extraordinario que se traduce, de un lado, en su necesaria

---

ridad a la designación de audiencias y dictado de resoluciones. 2) Impulsar con la mayor celeridad posible su trámite.

Artículo 265 quintus.- Recursos. Dictada la sentencia del recurso de revisión, la misma podrá ser recurrida conforme los recursos ordinarios y extraordinarios que pudieren corresponder atento a la instancia en la cual la sentencia se dicte. Cuando el trámite del recurso de revisión se lleve a cabo ante la Corte de Justicia, la sentencia dictada podrá ser objeto de recurso de reposición”.

<sup>24</sup> Jaime A. Velert, Roberto Pagés Lloveras, Gustavo A. Velert B., “Código Procesal Civil, Comercial y Minería de San Juan”, Ed. Nuevo Enfoque, T\* 2-A-, págs. 214 a 259.

<sup>25</sup> CSJN, Fallos 238-18, JA, 1957-IV-263; Fallos 254:320, JA, 1963-I-674; etc.

fundamentación en las causas taxativamente enumeradas en la Ley y, de otro, en la interpretación rígida y restrictiva de los supuestos que las integran

Desde esta perspectiva, la revisión no constituye ni puede constituir una nueva instancia del proceso sometido a ella, ni permite un nuevo examen o enjuiciamiento de las cuestiones ya debatidas y resueltas en el proceso que concluyó con una sentencia que adquirió la cualidad de cosa juzgada

La interpretación de los supuestos que integran dichos motivos taxativos ha de realizarse de manera restrictiva, pues así lo exige el principio de seguridad jurídica, ya que lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de la autoridad de la cosa juzgada

Los hechos alegados y discutidos dentro del proceso no constituyen novedad alguna que pueda dar lugar a la revisión, pues ya debieron ser tenidos en cuenta al dictar sentencia, y su desconocimiento o su errónea valoración debía denunciarse por la vía ordinaria que ofrecen los recursos. No franquea la puerta para tornar el replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los posibles yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi.

Es más, los motivos que permiten la revisión no se basan en vicios del procedimiento o de la sentencia, sino en el conocimiento de determinados hechos que no están en el proceso originario, pero cuyo trascendente significado permite suponer que el resultado del proceso al que afectan obedeció a su influencia o a su concurrencia, de modo que sin ellas dicho resultado pudo haber sido diverso.

Solo en un régimen autoritario, como ocurrió en la Alemania Nazi por la ley de 1941, se pudo justificar que el fiscal del Reich podía impetrar la reapertura de una causa fenecida, con solo sos-

tener que existen motivos racionales contra la justicia de la sentencia por razón de los hechos o jurídicamente.<sup>26, 27</sup>

Ello posibilitaba un amplio y peligroso portal, en tanto con base en una interpretación subjetiva se podría suprimir la firmeza de cualquier sentencia<sup>28</sup>.

En el derecho comparado advertimos que existen códigos que a la revisión de sentencias firmes la tratan como recurso<sup>29</sup> y otros como acción.<sup>30, 31, 32, 33</sup>

<sup>26</sup> DÍAZ, Clemente; “Relaciones del derecho procesal con las disciplinas que atañen a los fines del Estado. La política y derecho procesal”, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1958, pág. 152.

<sup>27</sup> PEYRANO, Jorge; “ACCION DE NULIDAD DE SENTENCIA “FIRME”. Disponible en: [http://www.jus.san.tiago.gov.ar/jusnueva/c-entrounico/Es\\_cuela\\_Unica/200\\_9/peyrano/ACCION\\_DE\\_NULIDAD\\_DE\\_SENTENCIA.doc](http://www.jus.san.tiago.gov.ar/jusnueva/c-entrounico/Es_cuela_Unica/200_9/peyrano/ACCION_DE_NULIDAD_DE_SENTENCIA.doc).

<sup>28</sup> Jaime A. Velert, Roberto Pagés Lloveras, Gustavo A. Velert B., “Código Procesal Civil, Comercial y Minería de San Juan”, Ed. Nuevo Enfoque, T\* 2-A-, págs. 215.

<sup>29</sup> Vg. Ley de Enjuiciamiento Civil del Reino de España de 1881, Chile – arts. 810 a 816-, Código General del Proceso de Uruguay -arts. 251 a 262-, Código Modelo para Ibero América, actual Ley de Enjuiciamiento Civil de España del año 2.000 refiere a “De la revisión de sentencias firmes” – arts. 509 a 516-.

<sup>30</sup> El actual Código Procesal Penal de Nicaragua la ha diseñado como un procedimiento autónomo, especial, precisamente como el “De la Revisión de Sentencia” (art. 377). Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/spenal/pdf/accion.pdf>

<sup>31</sup> La acción de revisión se encuentra regulada en el Párrafo 3, Título VIII, Libro IV del Código Procesal Penal de Chile, sobre Procedimientos Especiales y Ejecución. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=22960>

<sup>32</sup> Código Procesal Penal de Perú del año 2004, art. 440 y sig.

<sup>33</sup> Código Procesal Civil de Perú, art. 178. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos/temas/fn=default-tuocodprocivil.htm&vid=Ciclo:CLPdmo>

La revisión vía recurso está contemplada, además, en La Rioja (arts. 265 a 268), Corrientes (arts. 295 a 303), Mendoza (arts. 155 a 158), Córdoba (arts. 395 a 401), Tierra del Fuego (art. 307) y en el Código Procesal Civil de la Nación (art. 297 a 301).

Justamente el recurso de revisión ha sido definido por la doctrina como la vía impugnativa establecida por el legislador procesal, que se interpone fundado en un motivo normativamente determinado y que persigue la revocación de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se la ha obtenido por medios ilícitos o irregulares, prescindiendo o incorporando nuevos elementos probatorios, los que de haberse conocido con anterioridad al dictado habrían cambiado fundamentalmente la decisión.<sup>34</sup>

Según dice Palacio, se denomina revisión al remedio tendiente a obtener el reexamen de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada pero pronunciadas a raíz de conductas ilícitas, con prescindencia de documentos no incorporados oportunamente al proceso por razones inimputables al vencido, o sobre la base de medios probatorios afectados de falsedad<sup>35, 36</sup>. Y tiene en miras, como lo expone Hitters con toda claridad, derribar la cosa juzgada írrita o fraudulenta, agregando: “se ha expresado que: Sabido es que en el derecho argentino no hay norma que permita la retracción por vía de acción de las sentencias firmes dictadas en el proceso civil y comercial, y que la revisión sólo está autorizada en las Provincias de Córdoba, Mendoza, San Juan, Corrientes y La Rioja; pero exclusivamente por vía del recurso y con arreglo a los motivos taxativamente admitidos por los ordenamientos instrumen-

---

<sup>34</sup> MEGLIOLI, María F., La revisión de la cosa juzgada. Algunas notas sobre “recurso de revisión” o “acción autónoma de nulidad”, DJ 2001-2, 75.

<sup>35</sup> PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 2005, ed. online, Base de datos ABELEDO PERROT N° 2508/002553.

<sup>36</sup> Para que pueda procederse a la revisión de una sentencia firme se requiere que los documentos recobrados u obtenidos sean decisivos y determinantes para el resultado del pleito, de modo que el fallo de la sentencia hubiera sido distinto o contrario al que recayó. Además, se requiere que la razón de no haber podido ser aportados sea la fuerza mayor o la retención por la otra parte.

tales. Es procedente aclarar que limitamos el enfoque a la hipótesis de que no haya régimen específico, ya que si lo hubiera obviamente deberíamos remitirnos al mismo”.<sup>37</sup>

Solamente aquellas Provincias que no tienen legislado el recurso de revisión, aceptan la acción de nulidad de la cosa juzgada por las mismas causales previstas en dicho recurso, y tiene como uno de los presupuestos fundamentales para su procedencia, el que no exista otra vía apta de impugnación de la sentencia cuestionada y ha sido concebida priorizando el derecho de defensa, por lo el afectado no debe haber consentido las actuaciones, expresa o tácitamente. Es que la acción autónoma no es medio para salvar las negligencias procesales y además no cabe invocar lesión a las garantías del debido proceso cuando los agravios devienen causados por la propia conducta discrecional del interesado, pues no debe el impugnante haber concurrido a la producción del vicio que pueda determinar que dicho fallo resulta viciado de tal modo. El objeto de la “Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta” no puede implicar la revaloración de la prueba actuada en el proceso primigenio; esto es, se reduce únicamente a determinar si el proceso cuestionado se ha seguido con fraude o colusión que signifique afectación al debido proceso.

La revisión de la cosa juzgada debe fundamentarse en hechos o situaciones relevantes desconocidas en el momento de dictarse sentencia, resultando improcedente la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada irrita, cuando los hechos y razones expuestos como causa para demandar no comportan un “novum”, en tanto se tratan de alegatos críticos que debieron ser expuestos antes de conformarse la sentencia definitiva.<sup>38</sup>

La acción autónoma de nulidad no puede ser utilizada para superar deficiencias de procedimiento aparecidas durante la tramitación de una causa o errores de criterio que pudiera contener la sentencia que posteriormente pretende atacarse, pues el vicio

---

<sup>37</sup> HITTERS, Juan C.; “Revisión de la Cosa Juzgada”, Librería Editora Platenense, 2001, pag. 251 y stes.

<sup>38</sup> GIANNINI, Leandro; “LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA.CUESTIONES ACTUALES” en Revista La Ley, Buenos Aires, 2001-E, pp. 1259 y ss.

debe configurar siempre una auténtica novedad respecto del proceso en el cual aquella ha sido dictada.

En resumen, el Código Procesal Civil, Comercial y Minería de San Juan no autoriza la acción autónoma de nulidad para los casos expresamente previstos en el recurso de revisión, no porque le repugne la idea de poder retractar la cosa juzgada, sino porque la Constitución de San Juan ha previsto esa vía impugnativa y la ha reglamentado a través del “recurso de revisión”, que sólo procede en las situaciones previstas en forma taxativa en Cód. Procesal Civil. Tales circunstancias son las únicas por las que se podría modificar por la vía de este recurso extraordinario las conclusiones de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material.<sup>39</sup>

Y la Corte de Justicia de San Juan tiene dicho que “La revisión es un remedio procesal de excepción, por el cual se hace lugar a una pretensión impugnativa dirigida contra una sentencia firme, cuando circunstancias extrínsecas al proceso, que no pudieron ser consideradas en el mismo, tornen a la misma manifiestamente injusta. Es digno destacar así el carácter excepcionalísimo del recurso, dado que de prosperar, priva de efectos a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo prevalecer de esta manera el valor “justicia” sobre el de “seguridad jurídica”. Y por ello también la limitación de sus motivos de procedencia, que son específicos e inextensibles, dado que si se accediese -luego de una condena firme y consentida- a un planteo de revalorización probatoria se tergiversaría la cosa juzgada material y se trastocaría todo el ordenamiento jurídico procesal. No se admite como motivo de revisión una revaloración de la prueba ya incorporada y valorada oportunamente en el juicio”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Ver las conclusiones del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en San Martín de los Andes en 1999, en las que se indicó: “10. Están legitimados todos aquellos que tengan un interés legítimo, pero en los lugares en que exista un recurso de revisión, no se permitirá por vía de la acción autónoma de nulidad, suplir la inacción prevista específicamente por el recurso”.

<sup>40</sup> CJSJ; Protocolo de Recursos Extraordinario Tomo II, Folio 298. 19/08/2014. SALA II. CORTE DE JUSTICIA. MAGISTRADOS: Medina Palá, Ángel Humberto- Caballero, Adolfo- Caballero Vidal, Juan Carlos.

Ahora, el juicio podrá iniciarse dentro de los treinta (30) días contados desde la constitución del Tribunal en la forma y condiciones establecidas en la Constitución en el supuesto del Inciso 1) del Artículo 265 bis, o de los quince (15) días contados desde el siguiente al que se recobraren los documentos o se tuvo conocimiento de ellos o se declaró la falsedad en los demás casos, conforme lo previsto en el art. 265 quater del CPCCyM, y se agrega que este proceso no podrá ser iniciado pasados tres años desde que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada material.

#### **IV. La prescripción en la acción autónoma de nulidad y el plazo fijado en el recurso de revisión**

Si partimos de la consideración de que la prescripción liberatoria consiste en la extinción del derecho subjetivo por su no ejercicio en el transcurso de un periodo de tiempo determinado, podemos decir que el plazo anual fijado en el Código Civil y Comercial de la Nación para el ejercicio de la acción autónoma de nulidad tiende a evitar una nueva incertidumbre prolongada de las relaciones y/o situaciones jurídicas ya determinadas en una sentencia firme.

Pero hubiera sido más adecuado, a nuestro entender, establecer claramente que el plazo comienza a correr desde que la parte toma conocimiento o pudo conocer de los vicios que implican que la sentencia fue obtenida a consecuencia de un fraude o resulta írrita.<sup>41,42</sup>

---

<sup>41</sup> Así lo establece expresamente el artículo 2563 del CCyCN, en las letras f) y g), al disponer que el cómputo del plazo de dos años en la acción de fraude, comienza desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto (f), y en la revisión de actos jurídicos, desde que se conoció o pudo conocer la causa de revisión (g).

<sup>42</sup> En Colombia, la oportunidad para interponer el recurso de revisión es de dos años los cuales se cuentan a partir de la ejecutoria de la sentencia, sin embargo cuando se trata de la causal que señala el hecho, de encontrarse el recurrente en alguna situación de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre y cuando dicha nulidad

Pensamos que la normativa procesal debe adecuarse al plazo anual de prescripción fijado en el artículo 2564 del CCyCN, lo cual hace inaplicable con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial el plazo de tres (3) años fijado en el Código Procesal Civil de San Juan.<sup>43</sup>

Pero, ante el conflicto entre estas normas: ¿Cómo compatibilizamos los otros plazo establecidos en el Código Procesal con el plazo anual de prescripción previsto en el CCyCN? Todo dependerá del método interpretativo que utilicemos y de cómo lo utilizemos.<sup>44, 45, 46, 47</sup>

---

no haya sido saneada, en este caso la oportunidad para interponer el recurso de revisión, es decir, los dos años, se contarán a partir de que la parte perjudicada haya tenido conocimiento de la situación. Disponible en: <http://www.gerencie.com/caracteristicas-del-recurso-de-revision-en-materia-civil.html>

<sup>43</sup> La CSJN tiene establecido que “las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de preceptivas concernientes a materias de derecho público local” (causa “Filocrosa S.A.”, Fallos: 326:3899); pero en CCyCN prevé en el art. 2532 que “...Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”.

<sup>44</sup> ALEX Y, Robert; “Sobre la Ponderación y la Subsunción. Una comparación actual” (traducido por Johanna Córdoba), disponible en: [http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40371/pdf\\_518](http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40371/pdf_518)

<sup>45</sup> CSJBsAs, causa “Budzovsky, José E.”, 24/10/1995, AR/JUR/1543/1995 “Para interpretar la ley debe asumirse una posición sobre su objeto y su método (así: no utilizar a un tiempo métodos recíprocamente incompatibles, como el exegético, el del positivismo jurídico y el del supralegalismo) pues el contenido del derecho no depende -felizmente- de la voluntad del intérprete de turno, ya que a éste el derecho le es dado (art. 1º, Constitución Nacional) (Por mayoría)”.

<sup>46</sup> La CSJN tiene establecido que “Lo concerniente al método correcto a utilizarse en la interpretación de las leyes no federales -en el caso, art. 167 del Cód. Procesal (Adla, XXVII-C, 2649), -, es materia ajena al re-

Una solución posible sería interpretar que dentro del plazo del año desde que la sentencia paso en autoridad de cosa juzgada se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido los treinta (30) días contados desde la constitución del Tribunal en la forma y condiciones establecidas en la Constitución en el supuesto del Inciso 1) del Artículo 265 bis, o de los quince (15) días contados desde el siguiente al que se recobraren los documentos o se tuvo conocimiento de ellos o se declaró la falsedad en los demás casos, lo cual se justificaría en razón de que si ya se tiene conocimiento pleno de los motivos que da lugar a la revisión, la acción debe ser ejercida sin más dilaciones. En esta interpretación se daría una importancia mayor al valor “seguridad”.<sup>48</sup>

Otra sería entender que el cómputo del plazo anual comienza desde la fecha que el titular de la acción conoció o pudo conocer la causa del fraude o írrita de la cosa juzgada, y que en este caso no se aplica el plazo de quince (15) días previstos en el CPCyC de

---

curso extraordinario y la admisión de posibilidades interpretativas no constituye imputación eficaz de arbitrariedad” (Fallo 302:413; “Maldonado y Flores de Scotti, Adela M. c. Municipalidad de la Capital”, 08/05/1980).

<sup>47</sup> También la CSJN ha resuelto que: “Para interpretar la ley debe computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos: 320:196, 25/9/1997).

<sup>48</sup> Según Hitters es efectivo el acierto del plazo en el proceso español ya que el, pone en equidad dos grandes valores constitucionales que son: justicia y seguridad jurídica, al fijar que hay un plazo “absoluto” y un plazo “relativo” el primero limita la impugnabilidad de esta vía al termino máximo de 5 años desde la fecha que publicaron la sentencia y el segundo, de tres meses, contados a partir del día que se descubren los documentos nuevos o fraude, o desde la fecha de reconocimiento de declaración de falsedad. HITTERS, Juan C.; “Revisión de la Cosa Juzgada”, Librería Editora Platense, 2001, pág. 68.

San Juan, pues desde ese momento tendría expedita la posibilidad de accionar durante el plazo del año, dando así una preeminencia al valor “justicia”.

Una tercera posibilidad se daría cuando la parte perjudicada no ha obtenido la declaración de falsedad en un proceso penal iniciado durante el transcurso del plazo anual fijado en el CCyCN, por lo que debería plantearse en sede civil la prejudicialidad penal a los fines de que el dictado de la sentencia definitiva en el recurso de revisión y/o acción autónoma de nulidad se suspenda hasta la conclusión del proceso penal<sup>49</sup>, y de esa manera se daría satisfacción a ambos valores.

## V. Conclusión

El Derecho es una ciencia fáctica y “la interpretación jurídica es más un arte que una ciencia”<sup>50</sup>, dado que los criterios de interpretación son elementos generales que pueden aparecer en diversos métodos y los métodos combinan estos criterios de diversas maneras.<sup>51</sup>

Por lo tanto, al no existir reglas fijas para emitir una decisión sobre cómo computar el plazo anual de prescripción de la acción autónoma de nulidad, sobre todo cuando dicha norma debe ser aplicada en las provincias que regulan en sus Códigos Procesales el recurso de revisión, la respuesta dependerá del método interpretativo utilizado por el Juez<sup>52</sup>, pero la exigencia de fundar y motivar dicha solución disminuirá, sin duda alguna, el grado de

---

<sup>49</sup> Arg. art. 1175, CCyCN.

<sup>50</sup> RUBIO CORREA, Marcial; “El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)”, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, 1984. Lima – Perú, pág. 235.

<sup>51</sup> Con Ronald Dworkin, se identificó la interpretación como una práctica social que está orientada a concluir en una propuesta político-ideológica que sería la sociedad Liberal-Igualitaria, aquí no se trata de definir, crear tipologías o sistematizar los conceptos. Dworkin, Ronald; “El Imperio de la Justicia”, ed. Gedisa. Barcelona, 1993, p. 35. sino de emplear el derecho para apuntar hacia un cambio social concreto.

discrecionalidad que se pueda tener para optar entre alguna de las respuestas posibles.<sup>53, 54</sup>

---

<sup>52</sup> Decía Carnelutti que “Es preferible para un pueblo tener malas leyes con buenos jueces, que malos jueces con buenas leyes”. CARNELUTTI, Francesco; “Derecho consuetudinario y derecho legal” en Revista de Occidente, enero de 1964, p. 11.

<sup>53</sup> LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, pág. 28 y sig.

<sup>54</sup> Arts. 2 y 3, Cód.Civ. y Com.; 33 inc. 4, 164 incs. 5 y 6, CPCCyM de San Juan; 18, Const. Nac.).



## **Autodeterminación del paciente y Ley de Riesgo del Trabajo**

AB. PATRICIA A. ALEGRE



## I. Introducción

Es nuestro tema de aplicación e interés la vigencia de la Autodeterminación del Paciente en las relaciones de trabajo, considerando el escenario legislativo actual de nuestro país, como lo es la Ley de Derechos del Paciente, N° 26.529 y 26.742, art. 59 C.C. y C. y la Ley de Riesgo del Trabajo N° 24.557 y sus modificaciones, tomando ambos como extremos a verificar y básicamente a analizar.

Centralizando aún más el tema nos proponemos verificar si el paciente- trabajador recibe un exhaustivo e informado conocimiento de su estado clínico y consecuentemente conforme a ello, manifiesta su voluntad. Considerando el débil jurídico en la relación entablada entre el médico y/o la institución de sanidad y el paciente trabajador, para luego concentrarnos específicamente en la disciplina jurídica reconociendo los continuos cambios y debates universales en torno a la materia. Teniendo en consideración la persona como ser individual y no como ser social.

Asumiendo especial consideración, que cada individuo tiene el derecho-deber de conocer e instituirse de tal modo que, frente a una decisión que deba asumir sobre su estado de salud y de su proyecto de vida, su conocimiento sobre el tema en particular sea acabado, a fin de exteriorizar su voluntad con discernimiento, intención y libertad, en el marco de sus derechos personalísimos: Derecho a la integridad física; Derecho a la integridad espiritual; y Derecho a la libertad<sup>1</sup>.

Nuestra pregunta es si esto es posible, considerando los avances científicos y tecnológicos de estas últimas décadas y el lugar que ocupa el trabajador en el contexto contractual entre la A.R.T. y su empleador, vinculado a la asistencia y prestaciones médicas obligatorias que prevé la mencionada ley de riesgos del trabajo, como fuente legal obligacional.

Hace dos décadas que se analiza en doctrina como en Jurisprudencia, la constitucionalidad y la legalidad del proyecto de

---

<sup>1</sup> Clasificación realizada por la Dra Noemi Nicolau – UNR. “Curso de Perfeccionamiento de Posgrado: La protección del débil jurídico en el Derecho Civil”-(UNSL. FICES- 2011).

salud de los trabajadores de nuestro país y el control de prácticas eficientes para celar a la persona humana en los ámbitos laborales, discusión reeditada debido a la sanción de la ley 27.348<sup>2</sup>.

Es materia de estudio el interés superlativo de la persona humana, fundamentalmente en una permanente preocupación del proceso de formación y la preeminencia que la misma posee en el consentimiento que manifiesta en los diversos aspectos de la vida, ello abordado desde las respuestas que la ciencia jurídica, tiene el deber de resguardar, vinculado así mismo con la dignidad de la persona humana y su autonomía privada considerada especialmente en los art. 51 y 55 del C. C. y C.

## II. Dignidad de la persona humana

Una de los primeros interrogantes que se nos presenta, es donde se sustentan las reglamentaciones o regulaciones de la materia en cuestión. Varios ensayos se presentan en este punto pero creemos acertado el enfoque que considera la “dignidad humana”, como primeros principios “...la dignidad es un valor que supera los derechos y en cierta manera los envuelve...”<sup>3</sup>. “La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana.”<sup>4</sup> También se dice “...es la cualidad esencial del ser humano, su cualidad específica y exclusiva, en virtud de la cual se distingue lo humano de lo no-humano.... la dignidad de la persona va a constituir un límite infranqueable a los avances tecnológicos, una barrera que no se puede traspasar.”<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> COMPLEMENTARIA DE LA LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. Promulgación Decreto P.E.N. 132/2017.

<sup>3</sup> NINO Carlos Santiago “Ética derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación” edición ampliada y revisada Bs A. Astrea -1989.

<sup>4</sup> GONZALEZ PEREZ, J. La dignidad de la persona. Ed. Civitas. Madrid, 1986. p. 25.

Principio este que nos guiará en el desarrollo del tema abordado, conjuntamente con los principios rectores en materia civil como el de buena fe – autonomía de la voluntad – abuso de derecho- orden público; procuramos aclarar el camino por donde debiera circular dicha relación jurídica. Esto es desde el inicio y a lo largo de toda la vigencia de la misma, aplicado a la relación empleado, empleador y/o centros de salud.

Como en tantas otras relaciones jurídicas uno de los sujetos es sin dudas un “débil jurídico”, no como nuevas categorías de derecho, por lo contrario considerado desde el concepto de vulnerabilidad.

En el caso “Aquino”, la C.S.J.N. manifestó “...el art. 14 bis, C.N. no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores sujetos de preferente tutela constitucional”<sup>6</sup>. Del voto de la Dra. Highton de Nolasco en el mismo fallo refiere “...La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicio, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana”<sup>7</sup>

Esta debilidad jurídica, que se analizará desde el punto de vista del paciente-trabajador, entendida como el más vulnerable en el vínculo jurídico de dependencia debido al sometimiento que este debe realizar, frente al conocimiento, acción, disposición, decisión que el otro sujeto de la relación jurídica, -medico, empleador, A.R.T., centro asistencial-realice sobre su cuerpo, salud, vida, etc. Sometido claramente en un estado de necesidad o mejoramiento de la calidad de vida.

Esta subordinación reconocida por el derecho laboral, se manifiesta en términos que se contraponen con los principios rectores del derecho privado constitucionalizado.

---

<sup>5</sup> MARIN CASTAN María Luisa. Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Univ. Complutense de Madrid, Profesora del Master en Bioética y Derecho, y Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona.

<sup>6</sup> CSJN 21/09/2004 “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/Accidente ley 9688. La Ley online 4-53253.

<sup>7</sup> Idem cita 5.

Es necesario, extremar en el sentido que venimos desarrollando, el individualismo y la persona en si misma desde el punto de vista de los derechos personalísimos de aquella y de este modo evitar aplicar técnicas- medicas masivas, a fin de garantizar en algunos casos el resultado en particular de la tecnología aplicada al individuo garantizando su autodeterminación.

Deviene la necesidad de humanizar el trabajo médico-científico, a fin de garantizar el mejor tratamiento seleccionado por el paciente trabajador, tras la completa y pormenorizada información acerca de las consecuencias posibles, y alternativas de tratamiento que fuera necesario. Procurando la efectiva protección de la dignidad, la libertad, y la salud de las personas, concebidas aquí la salud como derecho Humano fundamental.

Consideremos el significado de derechos personalísimos son “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”<sup>8</sup>

El art. 51 del C.C. y C. refiere “... La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” y teniéndose presente que el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos del art. 55 del cuerpo legal citado “...es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres; no se presume; es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. En este escenario es oportuno señalar que el art. 2 del C.C. y C. establece reglas de interpretación, “a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes”<sup>9</sup> sentados estos como principios generales, gozan de eficacia interpretativa y “no constituyen una especie de derecho libre o recurso mágico”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CIFUENTES, Santos “Derechos personalísimos” Buenos Aires, Astrea, 1995.

<sup>9</sup> CIURO CALDANI Miguel Angel –Documento de Trabajo para la cátedra C de Filosofía del Derecho de la Fac. de Derecho de la U.N.R.”El Derecho en el C.C.y C.de la Nacion” (Líneas de reflexión).

<sup>10</sup> RIVERA Julio C. “Instituciones de Derecho Civil –Parte General” 5 ed. Abeledo Perrot Bs As 2010 T 1 p. 215.

### **III. Ley de Derechos del Paciente aplicada a los trabajadores en situación de daños**

Dada la complejidad de los problemas planteados surge en ciertos casos la protección de algunas normas, valores, principios, incluso jurídicos que puede significar el desconocimiento total o parcial de otro valor. Los derechos fundamentales no pueden ser cerceados; ni siquiera en situaciones de emergencia, debiendo protegerse valores humanos fundamentales.

#### *3-a. El consentimiento:*

Con la impronta del tema tratado precedentemente, es interesante avanzar sobre el consentimiento entendido e instruido del trabajador accidentado o enfermo, por lo cual merece una especial regulación ética y legal, dado que es absolutamente indispensable resguardar la importancia de la Autodeterminación.

Autodeterminarse es, desde los aportes de la psicología, elección, reafirmación, autogestión, autoconocimiento, toma de decisiones, defensa propia, autoeficacia, autorregulación, autonomía e independencia. Por lo que definir reflexiones sobre nuestra persona y patrimonio, teniendo un acabado conocimiento de las consecuencias y efectos, que aquellas determinaciones signifiquen, es sin lugar a dudas el mayor concepto de libertad que podamos entender.

Se procura en cada caso en particular alcanzar la efectiva protección de la persona humana, sea o no trabajador, su dignidad, libertad y salud, derecho humano fundamental que procede de la dignidad de la persona como consecuencia del mismo derecho a la vida.

En cualquiera de las vertientes del pensamiento humanista que fundamenta la teoría de los derechos humanos, el hombre ocupa el centro del universo. La dignidad es el primero y básico de los atributos de la persona, valor superior al Estado y sus instituciones. En consecuencia, la Constitución no los crea, se limita a reconocerlos y garantizarlos. Son derechos inalienables, anteriores a la sociedad y el Estado, inmanentes a la naturaleza humana.

En nuestra historia, la voluntad del paciente se ha visto sometida exclusivamente a la prerrogativa del médico, del centro asistencial, y en su caso de la Administradora de Riesgo quienes deciden por el paciente y en muchas oportunidades en contra de la voluntad del mismo, considerando que la ciencia médica lo amparaba desde el lugar del conocimiento, frente a la ignorancia del receptor del tratamiento (subordinación profesional). En la actualidad dicha situación -no muy lejana- es jurídica y éticamente imposible; considerando el avance jurídico que implica la denominada Ley del Paciente N° 26.529<sup>11</sup>, modificada por la Ley N° 26.742<sup>12</sup> y el Decreto 1089/2012<sup>13</sup>, los avances tecnológicos y la progresiva conciencia de los derechos humanos.

Las disposiciones de la Ley N° 24.742<sup>14</sup>, crea los Comité Hospitalario de Ética, donde en su art. 1° determina: En todo hospital del sistema público de salud y seguridad social, en la medida en que su complejidad lo permita, deberá existir un Comité Hospitalario de Ética, el que cumplirá funciones de asesoramiento, estudio, docencia y supervisión de la investigación respecto de aquellas cuestiones éticas que surgen de la práctica de la medicina hospitalaria.- Dicha norma fue un paso determinante para limitar las decisiones médicas, colocando a la persona-paciente como protagonista de su propio destino, dentro del cuadro clínico, que se determine. Por lo que el trabajador no debe estar excluido, ni sometido al contrato que posea su empleador con el centro asistencial y/o con la A.R.T.

---

<sup>11</sup> SALUD PÚBLICA - Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los profesionales e Instituciones de la Salud. Sancionada: octubre 21 de 2009 / Promulgada de Hecho: noviembre 19 de 2009.

<sup>12</sup> SALUD PUBLICA- Ley 26.742 Modificase la Ley N° 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud. Sancionada: mayo 9 de 2012.Promulgada de Hecho: mayo 24 de 2012.

<sup>13</sup> DECRETO 1089/ 2012 Fecha de Publicación B.O. 6/7/2012.

<sup>14</sup> SISTEMA PUBLICO DE SALUD, Ley 24.742, Sancionada: noviembre 27 de 1996. Promulgada: diciembre 18 de 1996.

Sabido es que en la práctica diaria los diagnósticos, tratamientos, estudios etc. son evaluados y entregados a los empleadores, y administradoras de riesgo, excluyendo al trabajador de tal sensible situación, donde se valora el mismo desde un concepto económico, estadístico, pero no humano. Colocando al trabajador en una situación de necesidad extrema por su condición de dependencia laboral, económica, social, familiar etc, dentro del ámbito de aplicación obligatoria de la LRT<sup>15</sup>.

Confrontando lo aquí expuesto con la ley de riesgo de trabajo, nos encontramos con disposiciones tales como el art. 31. “Derechos, deberes y prohibiciones... 3. Los trabajadores... d) Se someterán a los exámenes médicos y a los tratamientos de rehabilitación...”, y las contenidas en el Capítulo III “Contingencias y situaciones cubiertas”.

Dichas disposiciones importan un claro desconocimiento de la autodeterminación, consagrada en la Ley de Salud Pública y C. C. y C.

### *3-b. El consentimiento informado:*

Desde el concepto normativo y la práctica diaria se parte de nociones distintas y en definitiva ello se traducirá en escenarios opuestos depende de qué lado nos coloquemos.

Es necesario destacar, cual es la importancia jurídica que el consentimiento informado posee en el ámbito de las relaciones laborales, dado que tiene como propósito garantizar al individuo su absoluta libertad, respetando la dignidad individual situación de la cual no queda excluido el trabajador como tal.

Debemos reconocer al trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo o padece una enfermedad profesional como el mejor juez, para decidir sobre sí mismo; entendiendo que “lo mejor” no tiene un patrón común, si lo tiene su elección con discernimiento, intención y libertad.

La ley N° 26.529, de los derechos del paciente en su art. 3 expresa: “A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la

---

<sup>15</sup> LRT, 24.557 ART. 2.

capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.”

Por lo que, es necesario analizar a quienes, que y como se debe informar. Ante que nadie se debe informar al trabajador-paciente, quien es quien debe someterse al tratamiento, control, intervención, etc, si en su caso este no puede recibirlas, se deberá informar a quien el paciente indique, refiere el art. 4 de la alusiva ley “Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.” No se incluye al empleador o A.R.T. estos solo deberán velar por el efectivo cumplimiento contractual del centro médico o del galeno, pero no decidir sobre la salud y/o tratamiento que el paciente debiera seguir.

Así mismo en el art. 5 de la ley que analizamos refiere: “...Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. ...”, en armonía con el art.59 del C.C.yC.<sup>16</sup> norma que toma como fuente la ley.

Este concepto, que Bueres sugiere que con mayor precisión terminológica deberíamos aludir a la “voluntad Jurídica” o “asen-

timiento del paciente”<sup>17</sup>, argumentando que no se está en presencia de una voluntad convergente entre el paciente y profesional, sino

---

<sup>16</sup> “Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

<sup>17</sup> BUERES Alberto J. Responsabilidad Civil de los Médicos 3ª edición Hammurabi Bs As p 159, nota 2.

de una manifestación de voluntad del primero que acepta o rechaza las alternativas propuestas por el segundo. En las relaciones laborales el trabajador no otorga su verdadero “consentimiento”, no converge la voluntad del paciente y profesional, solo se limita a “asentir”<sup>18</sup>.

Bregamos para que todos y cada uno de los aspectos sean informados al trabajador, para que manifieste su real consentimiento al tratamiento propuesto. Pero paradójicamente en la ley N° 24.557, y más aún hoy la ley 27.348 nada refieren al respecto toda la cual coloca al trabajador-paciente en absoluta debilidad jurídica frente a los preceptos y anhelos de la ley N° 26.529 y 26.742.

### *3-c. La Historia Clínica:*

En el contenido normativo que hemos venido analizando de la ley N° 26.529, nos indica asimismo en su capítulo IV, que es y qué datos debe contener la Historia Clínica del paciente, refiriendo en el art. 12 “...es un documento obligatorio...” y en el art. 13 Refiere “... puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad. La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.”

La ley que analizamos establece tres principios: de Integridad, Unicidad, e Inviolabilidad poniendo el acento en este último, desarrollado en el art. 18 “...La Historia Clínica es inviolable Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de de-

---

<sup>18</sup> CATTANEO, Giovanni “La responsabilidad del professionista, Dott A. Giuff; Milano, p. 265.

positarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas...”, No hay en el ordenamiento legal, disposición alguna que identifique al empleador o ART como “autorizado”, dado que por lo manifestado solo lo puede autorizar su titular según lo dispone la ley que analizamos en el art. 14 “Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia”. Considerando que algunas A.R.T. poseen su propio centro médico asistencial, en cuyo caso este precepto se desvanece en tanto, quien resulta ser el depositario legal es quien contrato con el empleador, quedando el trabajador expuesto a una relación contractual.

Claro está en la actualidad, con los avances normativos mencionados, la Historia Clínica, ya no es un documento privativo del médico asistente, ni es un documento que le pertenece, sino por lo contrario se trata de un documento cuyo contenido es de propiedad del trabajador, para su uso, conocimiento, información, y divulgación en caso de considerarlo el mismo necesario. El referido derecho no se encuentra expresado en ningún texto de la LRT, solamente refiere como derecho, deberes y prohibiciones en su art. 31.1.b. “Las Aseguradoras...tendrán acceso a la información necesaria para cumplir con las prestaciones de la LRT...” y 31.3.d. “...los trabajadores...se someterán a los exámenes médicos y a los tratamientos de rehabilitación...”, por lo que sostenemos que debemos concientizar sobre políticas de coordinación y articulación necesaria de la referida legislación con la Ley de Salud Pública.

Por lo que proponemos una interpretación armónica de la Ley de Riesgo de Trabajo y la Ley de Salud Pública en este sentido. A tal efecto y no obstante considerar las contingencias y situaciones cubiertas por la LRT, el paciente-trabajador tendrá derecho a su intimidad y confidencialidad.

Sumado a esta pretendida coordinación y ante el silencio de la LRT, invocamos las “normas indisponibles” del C.C.y.C. por las

cuales se excluye la autonomía de la voluntad en tanto modifique a estas. Considerando en su caso frente a la responsabilidad civil de los empleadores y ART, la plena aplicación de la C.N. y Tratado de Derechos Humanos en los que el país sea parte según el método de interpretación, del art. 2 del C.C. y C. por lo que igualmente se aplicara el art. 1709 del C.C.y C. y sgtes.

Por su parte el inc. g. del art. 2 de la ley 26.529, expresa que: “El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud”, con lo cual se interpreta que el trabajador puede elegir la segunda opinión por un profesional médico o centro de salud que él mismo elija, en contradicción a ello se nos presenta las normas de la LRT quien veda al trabajador de dicha posibilidad, dado que únicamente puede ser revisada por la Comisión Médica de su Jurisdicción.

Por lo que sostenemos que, en nuestro país, las normas jurídicas de Derecho Privado que rigen las relaciones entre el médico y el paciente trabajador, no son suficientes, ni eficientes para afrontar las diversas situaciones de vulnerabilidad jurídica que afectan a los sujetos de derecho. Es necesario adecuar las herramientas jurídicas de Derecho privado existentes o diseñar otras nuevos institutos a fin de posibilitar la eficiente tutela de los débiles jurídicos frente a sus propias limitaciones, y frente a los demás en el ámbito de las relaciones obligacionales laborales, en especial en los vínculos contractuales entre los profesionales, los centros asistenciales que brindan tratamientos destinados a la salud, y los empleadores y/o Administradoras de Riesgo de trabajo, a fin de superar las debilidades jurídicas constatadas en los sectores de trabajadores vinculado a los derechos personalísimos. Siempre la persona ha sido el eje en torno al cual se estructuró el Derecho civil, más aun lo debe ser el ámbito laboral, ello así porque axiológicamente el principio supremo de la justicia -valor máximo a realizar por el Derecho- manda asegurar a la persona el espacio de libertad necesario para el desarrollo de su personalidad<sup>19</sup>. “Finalmente, no puede serle indiferente el resultado de Justicia, la interpretación de la norma”<sup>20</sup>

En el caso “Milone” la C.S.J.N. sostuvo la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, expresando “Los principios elaborados a partir de los dispuesto en el art. 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el art. 75, inc. 22 y 23 del texto constitucional y, en tal sentido, el Preámbulo del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos estos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana, por lo que el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr su plena vigencia”<sup>21</sup>

Los derechos extrapatrimoniales, personalísimos poseen características muy especiales, ya que constituyen atribuciones inheridas necesariamente de la propia condición de humanidad, circunstancia que los torna innatos, imprescriptibles, absolutos, inalienables y fuera de cualquier objeto de comercialidad. (Derechos a la vida, a la vida íntima, integridad física, al honor, a la libertad y a la propia imagen).

Entiende la doctrina que el principio interpretativo “favor debilis” exige su desarrollo en institutos jurídicos concretos aptos para superar la debilidad jurídica. En ese sentido, en el ámbito de las relaciones extrapatrimoniales se admite la necesidad de delinear pautas legales para combatir la posición dominante no sólo en las relaciones intersubjetivas, sino que además en la relación interinstitucionales, Centros de Salud, Obras Sociales, Administradoras de riesgos de Trabajo, etc.

---

<sup>19</sup> Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción Filosófica al Derecho, Depalma, Bs.As., 6ª edición, 1980.

<sup>20</sup> ALFERILLO Pascual E. “Interpretación de la norma y aplicación de las reglas supletorias en el proceso laboral de Santiago del Estero (ley 3603)” LLNOA 2005 (agosto).

<sup>21</sup> CSJN 26/10/2004, “Milone, Juan A. c. Asociart SA Aseguradora de Riesgos de Trabajo s/ accidente 9688”, La Ley online 4/53693.

Es frecuente admitir que las relaciones intersubjetivas presentan asimetrías entre sus protagonistas, que normalmente expresan un conflicto de poder, o dicho de otro modo entre débiles y fuertes.

#### **IV. Palabras finales**

No podemos ni debemos olvidar, que son funciones ineludibles para todos los operadores del Derecho, el prevenir y el reparar adecuadamente como dos maneras de cumplir el supremo mandato que emana del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional Argentina: "... promover el bienestar general y afianzar la Justicia..." y considerando que desde 1994 los Tratados de Derechos Humanos forman parte del Ordenamiento Jurídico con jerarquía Constitucional con todas las consecuencias que esto implica, nos autoriza a la aplicación de la normativa especial al débil jurídico "trabajador".

Debemos admitir que el trabajador, pueda definir a quién consultar, cuándo y cómo hacerlo.

La práctica profesional demuestra, que lo sostenido precedentemente no se compadece con el modo de gestionar la asistencia del trabajador frente a un accidente o enfermedad profesional, donde se ve obligado a seguir un "orden preestablecido" o protocolo, perdiendo su identidad y autonomía.

Creemos que tras veinte años de controversias, discusiones, debates y polémicas de la LRT instalada en un oportunismo histórico, cultural y social ya es hora de prescindir de ella y de las demás normas dictadas en consecuencia.

Dadas las discordancias que hemos señalado, creemos y esperamos que se abra una nueva etapa en el derecho argentino que consolide los derechos de los trabajadores, con una adecuada aplicación de la normativa del C.C. y C., al deber del empleador de responder ante los daños derivados de accidentes del trabajo y/o enfermedades profesionales, combinándose en su caso con la legislación en materia de seguros.

Si el Derecho no acompaña a las nuevas exigencias del individuo en colectividad, corremos el riesgo de que las normas sean letra muerta, alejándonos del valor Justicia.



## **La relación de causalidad en la responsabilidad contractual**

AB. CLAUDIO FABRICIO LEIVA



## I. Cuestiones preliminares sobre la relación de causalidad

Tradicionalmente, se ha entendido que el tema de la causalidad es puramente fáctico y objetivo, enlace material entre un antecedente y un resultado. Por ende, resulta ajena toda valoración sobre la injusticia o sobre la reprochabilidad de la causación del daño.

El examen causal es previo a la indagación de la existencia de factores subjetivos u objetivos de atribución de responsabilidad: únicamente ante la causación de un daño se averigua si concurre algún motivo para que alguien deba responder por él.

La relación de causalidad indica la vinculación que debe existir entre un hecho y el daño, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. El hecho debe ser el antecedente, la causa del daño y, por tanto, consecuencia de ese obrar.

La relación de causalidad constituye un presupuesto general de la responsabilidad por daños, ya que sería inicua una condena a reparar perjuicios que nada tienen que ver con la conducta del responsable o que derivan del hecho de personas o de cosas ajenas a su autoridad o control. Por tanto, no basta la sola existencia del hecho potencialmente lesivo si no es factible esclarecer que ha sido causa de un daño.

La causalidad tiene la máxima importancia de determinar efectos prácticos esenciales referidos a la identificación del obligado y a la extensión de su responsabilidad. Por un lado, la causalidad posibilita definir quién responde porque, al ubicar la autoría del daño, permite individualizar el sujeto al que debe imputarse el resultado perjudicial. Por otro lado, la causalidad precisa las consecuencias por las que se responde.

Sostiene López Mesa que jurídicamente la relación de causalidad puede definirse como la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa. El ligamen causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se

integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.<sup>1</sup>

Trigo Represas sostiene que el problema de la extensión del resarcimiento aparece íntimamente vinculado con la temática de la relación de causalidad, ya que la determinación del nexo causal no sólo posibilita establecer la autoría del sujeto, sino también la medida de la reparación del daño. A través de la relación de causalidad se podrá establecer, ante todo, si tal o cual resultado dañoso puede ser atribuido objetivamente a la acción u omisión física del hombre, es decir, si el mismo puede ser tenido como su autor. Establecido aquello, a su turno, la medida del resarcimiento a cargo del responsable, habrá de resultar de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, es decir, que puedan ser tenidas como efectos provocados o determinados por su conducta, la que, entonces, habrá venido a ser su causa.<sup>2</sup>

Cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad civil, la idea de culpa o riesgo, para que aquella tenga lugar es necesario que exista un lazo o enlace causal que vincule este menoscabo a cierto antecedente que se le atribuya al responsable. El damnificado debe acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, tanto si la responsabilidad se basa en un factor subjetivo u objetivo de atribución.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo, J., “El mito de la causalidad adecuada”, LA LEY 2008-B, 861. Puede verse el trabajo de Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños - Relación de causalidad”, LA LEY 1997-D, 1272; GHERSI, Carlos (Director), “Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. Responsabilidad contractual y daños indemnizables”, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2.003, pág. 67 y sgtes.

<sup>2</sup> TRIGO REPRESAS, Félix, “Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, “Responsabilidad contractual - I”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, N° 17, pág. 9 y sgtes, en particular, pág. 12 y 13; PREVOT, Juan Manuel, “Prueba del nexo causal”, LLNOA 2006 (agosto), 745.

Desde cierto sector de la doctrina moderna, se sostiene que la relación de causalidad es un presupuesto relativo, prescindible, no riguroso, ya que, en muchos casos, se resarcen detrimentos pese a que su causa fuente permanece desconocida, anónima o indeterminada, como por ejemplo: a) daños causados por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas; b) casos de daños generados por conductas inertes; c) daños ocasionados por actividades, personas o cosas por las cuales, dada su situación o especial condición, un sujeto responde, etc.<sup>3</sup>

## II. La relación de causalidad en el sistema del Código Civil derogado

Luego de largas discusiones y después de la reforma legislativa de 1968, la teoría de la causa adecuada ha prevalecido en la jurisprudencia y la doctrina. El texto introducido por la ley 17.711 en el art. 906 del Código Civil sienta que “en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

La inclusión del nexo adecuado de causalidad como presupuesto del deber de responder se realizaba a contrario sensu, pero de un modo indudable. A diferencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, la de la causalidad adecuada considera que no todas las condiciones concurrentes pueden ser equiparadas, debiendo distinguirse entre la “causa” y la “mera condición”. Esta posición parte de considerar que no basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición sine qua non del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño. La causa es, entonces, una condición; pero no cualquier condición, sino una de la que pueda predicarse una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado. Causa y condición tienen entonces una relación de género a especie. La condición es el género, la causa una especie de ella, muy particular y calificada y con alta eficacia para desenca-

---

<sup>3</sup> MAYO, Jorge Alberto – PREVOT, Juan Manuel, “Responsabilidad contractual”, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 355 y sgtes..

denar el resultado. Es así que, para esta teoría, legalmente vigente en nuestro país, causa es solamente la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado, debiendo regularmente producirlo.<sup>4</sup>

El ordenamiento jurídico puede disponer que el hombre responda hasta donde alcance el poder de su voluntad que es, en definitiva, lo que determina su personalidad. Esta responsabilidad debe llegar hasta donde el curso causal pueda ser dirigido y dominado por la voluntad: únicamente podrá decirse que se domina por la voluntad esa evolución causal cuando la misma es previsible. La previsibilidad es el límite de la responsabilidad por el daño que se cause a un tercero, o sea que la idoneidad del hecho para adecuarle la consecuencia está configurada por la previsibilidad abstracta del resultado nocivo.<sup>5</sup>

Para determinar la causa de un daño, se debe hacer *ex post facto* un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente — en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares —, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una *condictio sine qua non* del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera.

La probabilidad se basa en el conocimiento anterior del proceso involucrado. Por tanto, dicho juicio de probabilidad debe fundarse en hechos conocidos y cognoscibles *ex ante*, es decir en el momento en que se produjo el hecho dañoso y, para separar lo más claramente posible la adecuación causal de los criterios de la

---

<sup>4</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo, J., “El mito de la causalidad adecuada”, LA LEY 2008-B, 861.

<sup>5</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La relación de causalidad y la anti-juridicidad en la responsabilidad extracontractual”, LA LEY, 1996-D, 23.

culpa, debe tenerse en cuenta en el análisis de probabilidad causal no sólo aquellos datos o elementos de hecho conocidos por el sujeto responsable, sino también todas las circunstancias que resultaran conocibles para un observador medio.

El juicio de probabilidad debe hacerlo el juez congelando mentalmente lo que era previsible para un hombre medio al momento de la acción dañosa. En tal situación, el conocimiento superior a la media que pudiera haber tenido el dañador sobre las consecuencias de su accionar o la adquisición posterior al hecho de otros datos o conocimientos no pueden ser computados en la prognosis o juicio de adecuación causal a realizarse.

No se trata de medir o ponderar la previsibilidad del agente concreto que causó el daño — eso se analiza en un momento posterior, al determinar su culpabilidad —; de lo que se trata es de indagar si un agente promedio debía y podía prever ese resultado como probable. La previsibilidad que se requiere para el análisis de causalidad es objetiva y abstracta y difiere conceptualmente de la previsibilidad que requiere la culpa o el dolo, que es una previsibilidad subjetiva y concreta.<sup>6</sup>

### III. La relación de causalidad en la regulación del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta estas ideas en el art. 1.726: “Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.”

En forma expresa, el art. 1726 toma partido por la teoría de la causalidad adecuada. No todas las condiciones necesarias de un resultado son causa de él, sino solo aquella que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir ese resultado.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo, J., “El mito de la causalidad adecuada”, LA LEY 2008 – B, 861.

<sup>7</sup> TRIGO REPRESAS, Félix, “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho Privado, Buenos Aires, Infojus,

El Código Civil y Comercial mantiene las categorías de consecuencias del régimen derogado (inmediatas, mediatas y casuales), eliminando la categoría de consecuencias remotas, que, conforme a la crítica de la doctrina, se trataba de una tipología que no poseía utilidad alguna en tanto nunca eran resarcibles.<sup>8</sup>

A diferencia de lo que ocurría con el Código derogado, salvo disposición legal en contrario, la indemnización debe comprender las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, tanto en el ámbito contractual como extracontractual.

El art. 1727 define los distintos tipos de consecuencias.

Las consecuencias inmediatas son aquellas que surgen, directamente, como consecuencia del acto mismo, sin que entre éste y la consecuencia medie un hecho distinto. Es cierto que la norma se refiere a las “que acostumbran suceder conforme el curso natural y ordinario de las cosas”, pero esta última es una característica tanto de las consecuencias inmediatas como de las mediatas, que guardan relación adecuada de causalidad con el hecho ilícito. Las consecuencias mediatas, por su parte, son aquellas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. Por último, las consecuencias mediatas que no pueden preverse son llamadas “casuales”. A su respecto no hay relación causal adecuada, pues entre el hecho originario y el daño se interponen otro u otros hechos que no son previsibles de acuerdo al curso normal de los acontecimientos.<sup>9</sup>

Las consecuencias inmediatas están asociadas a la idea de regularidad y se suponen previsibles. En cambio, las consecuencias

---

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, N° 3, pág. 89 y sgtes.; TRÍPOLI, Pablo - SILVA, Rodrigo Gastón, “Nociones básicas sobre la relación de causalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley on line, AP/DOC/4392/2012.

<sup>8</sup> CALVO COSTA, Carlos, “Derecho de las Obligaciones”, Buenos Aires, Hammurabi, 2.016, Tomo II, pág. 234.

<sup>9</sup> PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis, Comentario a los arts. 1.726 y 1.727, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2.015, Tomo 4, pág. 439/440.

mediatas derivan de un vínculo con un acontecimiento diferente, por lo tanto, en principio, parecen resultar ajenas al parámetro de lo que habitualmente sucede. No obstante ello, se tornan indemnizables, cuando pueden preverse. A diferencia de lo dispuesto por el art. 904 del Código derogado, donde se establece como pauta valorativa a los fines de imputar las consecuencias mediatas “la debida atención y conocimiento de la cosa”, en el nuevo régimen no se advierte una disposición en sentido similar. De allí que a los fines de extender el resarcimiento hacia efectos que se derivan de la conexión con otro acontecimiento, para estimar su imputación, el art. 1727 ofrece como criterio la posibilidad de previsión.<sup>10</sup>

Alterini precisa que, si bien en materia de consecuencias casuales, o sea de consecuencias mediatas que no pueden preverse, la regla es que no se responde por ellas, cuando se asume el caso fortuito, se está respondiendo por las consecuencias casuales. Así, el art. 763 prevé para las obligaciones de género, que antes de la individualización de la cosa, “el caso fortuito no libera al deudor”; el art. 1.723 incluye diversos supuestos en los que el deudor es responsable por el caso fortuito y entre ellos, se introduce un caso muy discutible: el de responder por el caso fortuito si éste se ha producido por la culpa del deudor (inc. d). Es significativo que la culpa del deudor desate el caso fortuito y responda por él quien procedió culposamente, por lo que las consecuencias fortuitas son imputables al obligado sin violentar el módulo de la relación causal adecuada. Por último, se menciona que por aplicación del art. 1.936 el poseedor de mala fe responde de la consecuencia fortuita de la destrucción total o parcial de la cosa, salvo que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución, pero si su posesión es viciosa responde sin excepción alguna.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, RCyS2015-VI, 5.

<sup>11</sup> ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E., opinión al art. 1.727, en ALTERINI, Jorge H. (Director), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Buenos Aires, LA LEY, 2.015, Tomo VIII, pág. 122/123.

El Código Civil y Comercial, guarda silencio en torno a los criterios que deben seguirse para determinar la previsibilidad. Es decir, señala que son imputables cuando sean previsibles, pero omite establecer cuándo ello sucede. Si bien en principio se trata de una previsibilidad objetiva, propia de la, relación causal, el criterio de análisis tropieza con un inconveniente, cual es que, si su configuración no deviene de un acontecer regular sino que resulta ajeno a él, en principio la valoración de las consecuencias mediatas escapa a lo que puede anticipar un hombre medio.

A los fines del resarcimiento, se torna necesario establecer una valoración subjetiva. Habrá que analizar la situación particular del agente productor del daño, a la luz de lo dispuesto por el art. 1725: “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.<sup>12</sup>

La probabilidad, la previsibilidad o la inevitabilidad causal se construyen sobre la base de las reglas de la experiencia, de datos estadísticos que evidencian una regularidad entre los sucesos y sus efectos. De esta manera, lo probable, lo previsible, lo inevitable, cuando se refieren al juicio de causalidad tienen como caracteres a la objetividad y a la abstracción. En la relación causal la previsibilidad se valora en abstracto, con prescindencia de lo ocurrido en el caso concreto, ex post facto, tomando en cuenta lo que regularmente sucede, conforme al curso normal de las cosas.<sup>13</sup>

Las consecuencias casuales, que no guardan conexión causal adecuada, y que, en el esquema normativo del Código derogado, eran resarcibles conforme el art. 905, a título de dolo, están excluidas de la reparación en la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación, salvo disposición legal en contrario.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, RCyS2015-VI, 5.

<sup>13</sup> AZAR, Aldo Marcelo, “Relación de causalidad”, en MÁRQUEZ, José Fernando – Director -, “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Zavallía, 2.015, Tomo 1, pág. 108/109.

Trigo Represas sostiene que, en pro de la perseguida equivalencia de los regímenes de la responsabilidad contractual y extracontractual, en la parte final de su art. 1726 no se efectúan discriminaciones: ya se trate de incumplimiento contractual o de hechos ilícitos, y hubiese mediado culpa o dolo del dañador, invariablemente “se indemnizarán las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”, aunque, a la postre, tal equiparación no llega en realidad a ser tal.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, RCyS2015-VI, 5. Para Jalil, “la culpa presupone una previsibilidad de las consecuencias, por lo tanto, parecerían superponerse los conceptos de previsibilidad tanto en la esfera de la culpa como en el campo de la relación de causalidad. Pero ambos tipos de previsibilidad detentan un matiz diferencial. Mediante la relación de causalidad se puede conocer, si tal o cual resultado puede ser atribuido a la acción u omisión de tal o cual sujeto; es decir, si cabe asignarle autoría en función de una causalidad jurídica. Este aspecto, debe ser complementado acorde la previsibilidad en abstracto, según el curso ordinario de las cosas (art. 1727 del Cód. Civ. y Com.), siendo que resultan previsibles para cualquier hombre corriente. Mientras que la valoración de la culpa según el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. requiere de una previsibilidad en concreto, pues pondera la situación del sujeto ya que refiere a las circunstancias de persona tiempo y lugar. En este orden, si el sujeto (conforme las circunstancias específicas) previó o debió prever un resultado dañoso, responde por todos los resultados normales de su acto analizados en el caso en concreto”. (JALIL, Julián Emil, “La relación de causalidad en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015 – F, 454)

<sup>15</sup> TRIGO REPRESAS, Félix, “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho Privado, Buenos Aires, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, N° 3, pág. 89 y sgtes.; NEGRI, Nicolás Jorge, “Responsabilidad civil contractual”, Buenos Aires, Astrea, 2.017, Tomo I, pág. 433 y sgtes.; ALFERILLO, Pascual, Comentario al art. 1.726 y 1.727, en ALTERINI, Jorge H. (Director), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Buenos Aires, LA LEY, 2.015, Tomo VIII, pág. 110 y sgtes.

En conclusión, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial, la extensión del resarcimiento se determina recurriendo a la teoría de la causalidad adecuada, esto es, las consecuencias que eran previsibles (en abstracto) para un hombre medio en conocimiento de todas las circunstancias del caso (independientemente de si el agente las conocía de hecho o no), conforme el curso normal y ordinario de los acontecimientos, al momento de producirse el hecho ilícito.<sup>16</sup>

#### **IV. El criterio de la previsibilidad contractual**

Precisa Lorenzetti que el problema de la previsibilidad y sus efectos en los incentivos en la conducta humana, si bien es genérico, tiene su mayor campo de aplicación en la contratación empresarial. En el derecho del consumo, aunque la estructura de la acción es similar, existe un condicionamiento importante derivado de la vulnerabilidad del consumidor y la aplicación del principio protectorio.

Los interrogantes que plantea este problema son los siguientes: ¿El incumplidor debe resarcir todo el daño que esté conectado causalmente con su incumplimiento? ¿El incumplidor debe resarcir el daño previsto al momento de contratar? ¿Debe favorecerse la confianza que uno de los contratantes deposita en el cumplimiento del otro? ¿Es igual la responsabilidad contractual que la extracontractual?

En el derecho anglosajón, el caso “Hadley vs. Baxendale”, decidido por el Tribunal del Exchequer, resuelto en el año 1.854 sentó el criterio de la previsibilidad contractual. Los hermanos Hadley, propietarios de un molino de molienda de granos, demandaron a Pickford and Co., una empresa de transportes, de la que

---

<sup>16</sup> PICASSO, Sebastián – SÁENZ, Luis, Comentario a los arts. 1.726 y 1.727, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2.015, Tomo 4, pág. 439/440.

Baxendale era gerente. Se había contratado a la demandada para el transporte de un eje dañado de una máquina a vapor del molino harinero de los demandantes, para su entrega a un taller mecánico en Greenwich, para su reparación. Los demandantes alegaron que hubo una demora, ya que en lugar de entregarlo al día siguiente, el eje llegó siete días después. Los actores afirmaron que el molino harinero debió permanecer paralizado durante todo el período indicado, lo que ocasionó la pérdida de ganancias por la suma de 300 libras esterlinas. La demandada se negó a pagar esa indemnización, porque consideró que el daño cuyo resarcimiento se solicitaba era una consecuencia remota del incumplimiento.

En este precedente, se afirmó la siguiente regla: “Cuando las partes han celebrado un contrato, que una de ellas ha violado, la indemnización que la otra parte tiene derecho a recibir a raíz de dicha violación del contrato debe ser la de aquellos daños que se pueden considerar, de manera equitativa y razonable, como resultado de la violación misma del contrato, de acuerdo al curso habitual de las cosas, o aquellos daños que se puede suponer razonablemente que, al tiempo de la celebración del contrato, estuvieron en la previsión de ambas partes como consecuencia probable de su violación”.

La aplicación concreta de esta regla general al caso, determinó que las únicas circunstancias comunicadas por los actores a la demandada al tiempo de la celebración del contrato fueron que el artículo a ser transportado era el eje roto del molino y que los actores eran los dueños del molino.

En la doctrina francesa, Pothier sostenía que el deudor no debe ser obligado a indemnizar todas las pérdidas sufridas por el acreedor, menos aún las ganancias que hubiera podido percibir. Si hay culpa, el deudor no debe ser obligado a indemnizar sino aquellos daños cuya producción como consecuencia del cumplimiento del contrato, ha podido prever al momento de celebrarlo. En este entendimiento, se debe presumir que el deudor no ha querido sino someterse a la indemnización de esos daños.

El art. 1.150 del Código Civil Francés dispone que el deudor responde “por los daños que ha previsto o podido prever al cele-

brarse el contrato”. Se ha justificado esta regla señalando que las partes no han querido obligarse en el contrato más allá de lo que les era posible prever. Por su parte, el Código Civil Español en su art. 1107 establece los daños por los que responde el deudor de buena fe, “con los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación...”.

La regla de la limitación de los daños que surgen del incumplimiento culposo de una obligación preexistente se introdujo en la legislación latinoamericana por la influencia de la legislación de partidas y, de modo más claro, por la influencia francesa. Así, por ejemplo, el art. 1.346 del Código Uruguayo dispone que “el deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación”.

En los Principios de UNIDROIT se encuentra el siguiente texto: “Art. 4.4.- (Previsibilidad del daño): La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento”.

El art. 74 de la Convención Internacional de Compraventa de mercaderías recepta esta regla: “La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esta indemnización no podrá exceder la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, teniendo en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.”

La regla del límite de la reparación de los daños en el incumplimiento culposo se relaciona con la asignación eficiente y razonable del riesgo y tiene un fuerte impacto en los precios de mercado. Las partes fijan el precio del contrato al celebrarlo: al contratar, las partes evalúan los riesgos del negocio que celebran:

riesgo del incumplimiento, riesgo de la insolvencia, etc. Cuando más definidos estén los riesgos, más ajustado será el precio.

Cuanto mayor sea la información transmitida, menor será el riesgo: para que se fije un precio ajustado al riesgo, debe incentivarse a las partes para que sean honestas en la negociación, se transmitan toda la información posible que esté a su disposición y luego se mantenga lo acordado.

Por último, se destaca que el resarcimiento debe ajustarse a la información y confianza. El incentivo a las partes para que transmitan información es complejo, y está también relacionado con el resarcimiento. Las partes pueden confiar, en lugar de transmitir o requerir información, lo cual es bueno en una justa y eficiente medida. En la búsqueda del punto óptimo de confianza eficiente se ha señalado que la confianza previsible del receptor de la promesa es igual a la cantidad que el promitente podría esperar bajo las circunstancias; la confianza imprevisible del receptor de la promesa supera a la cantidad que el promitente podría esperar razonablemente bajo esas circunstancias.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, LA LEY ON LINE, 0003/008153. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha resuelto que “corresponde revocar la sentencia que en el marco de una acción de daños y perjuicios por la destrucción de ciertos efectos -en el caso, maquinarias- transportados, otorgó una indemnización en concepto de montos a abonar por el actor a terceros para afrontar las multas que le fueron impuestas como consecuencia del incumplimiento en que incurrió debido a la destrucción de los efectos, pues las indemnizaciones tarifadas pactadas con terceros no son una contingencia que el autor del daño pueda prever normal y ordinariamente, siendo que para ser reparadas deben ser advertidas al momento de la celebración del contrato” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, “Metalúrgica Ciudadela S.A. c. Infante, Carlos A. y otros”, 28/07/2005, LLGran Cuyo 2005 (noviembre) , 1195) y que “los contratos celebrados por el cliente de un banco con un tercero, como regla, no son para el banco consecuencias previsible indemnizables. Si un cliente pide al banco que por medios electrónicos transfiera fondos de una cuenta suya a la cuenta

## V. El criterio de la previsibilidad contractual en el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de consecuencias indemnizables

En materia contractual, interesa el juicio de causalidad a nivel de extensión del daño resarcible; la imputación del hecho dañoso y la identificación del responsable no dan lugar a problemas porque el sujeto responsable viene identificado a través de la obligación incumplida, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual, en que la distinta relevancia jurídica del hecho generador hace que sea necesario adoptar un criterio en base al cual poder atribuir el daño a un sujeto determinado.

En el esquema normativo del Código Civil y Comercial, cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de un contrato celebrado paritariamente entre las partes, la causalidad adecuada es desplazada por un estándar distinto, la previsibilidad contractual.

El art. 1.728 determina: “Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

La previsibilidad contractual es un mecanismo jurídico que permite delimitar cuáles de todas las consecuencias dañosas que se generan con el incumplimiento obligacional deberán ser reparadas por el deudor. En el régimen del Código Civil, la determinación de los daños reparables se realizaba acudiendo a la regla de relación de causalidad adecuada y a la clasificación de las consecuencias en inmediatas, meditas y causales. La reparación abar-

---

que un tercero tiene en otro banco, para la entidad financiera obligada es previsible que su cliente ha celebrado un contrato con un tercero a quien pretende pagar a través de esta operación financiera, pero no significa que las cláusulas de ese contrato sean previsible”. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N° 89457, “Fossatti Vázquez Agustín en J° Fossatti c/Bco. Regional p/Sumario s/Inc. s/Cas.”, 03/08/2007, LS 379-219)

caba la consecuencias inmediatas, si el incumplimiento se producía por culpa del deudor, y se extendía también a las mediatas si el incumplimiento era malicioso o doloso.<sup>18</sup>

Para González Freire, el Código Civil y Comercial de la Nación restringe la posibilidad de aplicar las consecuencias dañosas con origen obligacional, salvo que las partes pacten expresamente la indemnización que puedan surgir de las consecuencias mediatas, en razón de haberlas previsto en la contratación, o de entenderse que ello ocurriría por motivos del incumplimiento de la obligación. El Código no dice consecuencias inmediatas, sino lo que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Queda la duda respecto de la aplicación de lo preceptuado en el 1726, que dispone que la responsabilidad contractual incluye las consecuencias inmediatas o mediatas, salvo disposición legal en contrario. El 1728 puede entenderse como una excepción al 1726, porque la lógica indica que lo normal es que al momento del incumplimiento el deudor asume solo las consecuencias inmediatas. Para que en materia contractual se reparen hasta las consecuencias mediatas, las partes tienen que haberlas previsto o haberlas podido prever al momento de contratar. Si no hay pacto expreso, la carga de demostrar que se previeron las consecuencias mediatas incumbe al acreedor.<sup>19</sup>

Conforme a lo dispuesto por los arts. 1726 y 1727, la extensión del resarcimiento se determina recurriendo a la teoría de la causalidad adecuada, esto es, las consecuencias que eran previsibles (en abstracto) para un hombre medio en conocimiento de todas las circunstancias del caso (independientemente de si el agente las conocía de hecho o no), conforme el curso normal y ordinario de

---

<sup>18</sup> GALDÓS, Jorge Mario, “Relación de causalidad y previsibilidad contractual”, RCyS 2015 – X, 19. ALFERILLO, Pascual, Comentario al art. 1.728, en ALTERINI, Jorge H. (Director), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, Buenos Aires, LA LEY, 2.015, Tomo VIII, pág. 123 y sgtes.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, “La “previsibilidad contractual” y sus consecuencias en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley Online, AR/DOC/3828/2016.

los acontecimientos, al momento de producirse el hecho ilícito. Sin embargo, dicha regla no resulta extensible a la órbita del contrato, en donde es preciso tener en cuenta las consecuencias que las partes previeron o pudieron prever al tiempo de celebrar el contrato. Así, entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual hay diferencias relevantes. En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre “medio” (apreciación en abstracto), mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto). En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete —a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia— en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento.

La distinción que realiza la norma se vincula con que, en el ámbito contractual, son las partes las que mejor determinan el nivel de riesgos que quieren aceptar, y el precio que están dispuestas a pagar por ello. Es por esa razón que la regla de la previsibilidad determinada por los contratantes al momento de celebrar el negocio es primordial, pues, en caso contrario —esto es, si el magistrado fijara los alcances del deber de resarcir— las partes reaccionarán fijando precios más altos en cobertura de sus seguridades.<sup>20</sup>

Ubiría señala que los contratantes construyen la causalidad del contrato al moldear la relación obligacional conforme a sus respectivos intereses: negocian y fijan un camino a seguir (“plan prestacional”), prevén contingencias, se anticipan, acuerdan un régimen de consecuencias aplicable para el caso de eventual incumplimiento, etc. Campean aquí los principios de autodeterminación y autorresponsabilidad dentro del amplio marco de libertad negocial emergente del art. 958. Entre la voluntad de las

---

<sup>20</sup> PICASSO, Sebastián – SAENZ, Luis, Comentario al art. 1.728, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2.015, Tomo 4, pág. 440/441.

partes plasmada en el contrato y las normas indisponibles, se delinea el camino a recorrer, las reglas de conducta que deben observar las partes, que desde luego resultan más claras y específicas que las que emanan del deber genérico de no dañar.<sup>21</sup>

La limitación establecida en el art. 1728 se refiere únicamente al incumplimiento contractual, por lo que no resulta aplicable a los daños causados por el incumplimiento de obligaciones no contractuales.

Asimismo, como se precisa en los Fundamentos del Anteproyecto de Código, la regla de la previsibilidad contractual no es aplicable a los contratos de consumo, pues dicha limitación se asienta, justamente, en que las partes han podido negociar libremente los alcances y características de la relación contractual que las vincula, situación que no se presenta en el ámbito protectorio del consumidor. En este último caso regirán las reglas establecidas en los arts. 1726 y 1727.

Por último, si el deudor actuó con dolo la previsibilidad se medirá al momento en que se configura el incumplimiento.<sup>22</sup>

González Freire sostiene que el artículo 1728 del Código Civil y Comercial enrostra una limitación hacia las consecuencias generadas por el incumplimiento de la obligación, con la excepción de que las partes hayan previsto —expresamente, o se entienda que dicho resultado podía preverse— donde recién allí trascendería la aplicación de las consecuencias inmediatas y necesarias, hacia las mediatas y las casuales (art. 1727). Vale entenderse ésta última como una excepción a la limitación (art. 1728), en razón de que las partes han tenido conocimiento de lo que generaría el incumplimiento de la obligación, incurriendo igual en ésta. La regla presupone que las partes han podido negociar los términos

---

<sup>21</sup> UBIRÍA, Fernando Alfredo, “Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2.015, pág. 152/153.

<sup>22</sup> PICASSO, Sebastián – SAENZ, Luis, Comentario al art. 1.728, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo 4, pág. 440/441.

del contrato y prever de común acuerdo un esquema de riesgos y beneficios, resaltándose al mismo tiempo que tampoco se aplica la regla si media dolo del deudor, para lo cual de acuerdo a los amplios términos en los que se define ese factor de atribución en el artículo 1724, basta con el incumplimiento deliberado (“con manifiesta indiferencia”), sin que sea necesaria la prueba de la intención de dañar al acreedor”. Los contratantes deben conocer lo más ampliamente posible el alcance dañoso que se genera producto de las consecuencias que surgen de producción, interés éste que surge del incumplimiento del contrato, cuyos obligados no pueden a la postre desconocer lo previsto al momento de su celebración.<sup>23</sup>

En un sistema unificado de responsabilidad, la regla es la reparación integral, pero nada impide que se establezca que en los casos en que hay una obligación preexistente, la extensión de la reparación debe hacerse conforme a lo que las partes han previsto. La limitación no se aplica cuando: a) Se trata de daños a la persona causados con motivo del contrato; b) El contrato causa relaciones jurídicas reguladas por leyes de protección del consumidor; c) El incumplimiento es doloso.

Concretamente, entonces, el límite emergente del art. 1.728 se aplica cuando estamos en presencia de un contrato celebrado paritariamente y el incumplimiento es culposo. En tales condiciones, el resarcimiento está sujeto a restricciones: El límite no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto; o debiera haber previsto; en el momento de la celebración del contrato; tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.<sup>24</sup>

Por su parte, Galdós entiende que, en materia de responsabilidad contractual, existe una pauta especial para juzgar la previsibilidad de las consecuencias dañosas. Este juicio de previsibilidad

---

<sup>23</sup> GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, “La “previsibilidad contractual” y sus consecuencias en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley Online, AR/DOC/3828/2016.

<sup>24</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, LA LEY ON LINE, 0003/008153.

se realiza atendiendo a un criterio circunstancia y subjetivo, considerando lo que las partes previeron o pudieron prever, sea al momento de la celebración del contrato —para el caso del incumplimiento culposo, y para las hipótesis de responsabilidad contractual objetiva—, y también al momento en que se produce el incumplimiento —para el caso de dolo—. Pese a la unificación del sistema de responsabilidad civil, se mantiene una distinción de órbitas en cuanto a la determinación de las consecuencias resarcibles. En concreto, el art. 1728 adopta el parámetro de la previsibilidad para la responsabilidad contractual, mientras que los arts. 1726 y 1727 determinan la regla de la relación de causalidad adecuada para la órbita extracontractual. En consecuencia, las categorías definidas en el art. 1727 (consecuencias mediatas, inmediatas y casuales) no resultan de aplicación para efectuar el juicio de previsibilidad, el que se efectúa con referencia a lo que las partes previeron efectivamente o pudieron prever al momento de la celebración del contrato, y si se tratare de un caso de incumplimiento doloso, se adicionarán las consecuencias que se previeron o pudieron preverse al momento del incumplimiento.

La regla de previsibilidad que se incorpora en el art. 1728 requiere de un parámetro con el cual juzgar, en cada caso, si una consecuencia fue o pudo ser prevista por el deudor. La característica principal de la previsibilidad contractual, es que se analiza no ya desde un hombre medio —lo que ocurre en la determinación de la previsión de la relación de causalidad adecuada—, sino desde la perspectiva subjetiva de las partes al celebrar el contrato. En todo caso, la regla del art. 1728 dialoga con lo dispuesto en el art. 961 del mismo Código, de acuerdo al cual el contenido del contrato se extiende, no sólo a lo expresamente previsto, sino también a lo que puede considerarse comprendido “con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. De modo que la razonabilidad se constituye como el criterio de ponderación de lo que se considera previsible.

El juicio de previsibilidad —es decir, la posibilidad de prever consecuencias dañosas que efectúa el deudor al contratar—, depende de un elemento cognitivo, toda vez que sobre la base del conocimiento disponible al contratar podrá efectuarse la previsión

de los daños consecuencia del incumplimiento. Por ello, si una de las partes tuviere un interés especial en el contrato, que luego se ve frustrado en con el incumplimiento, debe anoticiarlo antes al co-contratante, para que este pueda incluirlo en su análisis de riesgo —y en su caso, modificar los sacrificios de la ecuación económica—. De no hacerlo, luego no podrá —por regla— pretender la indemnización de los daños generados.

En materia de responsabilidad contractual, la regla general indica que serán indemnizables aquellos daños que pueden calificarse como una consecuencia prevista o previsible, al momento de la celebración del contrato, y de acuerdo a los hechos que el deudor conocía o debió conocer al obligarse, esto es, según las circunstancias y la información relevante del contrato “comunicada”, transmitidas entre ellas y ponderadas al momento de la contratación. Por excepción, en caso de dolo, las consecuencias indemnizables se extienden también a las previsible al momento del incumplimiento, aunque no se las hubiera podido prever cuando se celebró el contrato.

Por otra parte, la dilucidación de la previsibilidad contractual sobre la que se han de conectar las consecuencias dañosas con el incumplimiento se vincula de algún modo con la delimitación del objeto del contrato y con la finalidad del vínculo. Lo previsible y lo previsto se desprende de la operación económica jurídicamente considerada, es decir, del contenido obligacional que las partes han establecido al fijar las obligaciones principales, los deberes secundarios, las garantías y, en fin, la determinación de los riesgos a cargo de cada una de ellas. En conclusión, siguiendo el art. 1728, es indemnizable lo que es previsible, y lo que es previsible depende del conocimiento existente en el momento de la celebración del contrato, que debe apreciarse subjetivamente, es decir conforme a la trama obligacional convencional en concreto, existente entre las partes.

En la nueva regulación del Código Civil y Comercial, el incumplimiento doloso hace referencia a aquel que se produce “de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724), en este caso, de su acreedor co-contratante. Es

decir, el incumplidor doloso es aquel que no cumple la obligación porque no quiere, ha decidido voluntariamente que no cumplirá el contrato. La referencia a “manera intencional” requiere que el agente se represente el resultado necesario e igual actúe. De modo que el elemento subjetivo se amplía y simplifica en comparación con el régimen anterior: el dolo se configura aún si el agente no tiene intención de dañar, es suficiente que el resultado se haya previsto y buscado en base al conocimiento de todas las circunstancias que rodearon al acto, sin requerirse el ánimo de perjudicar. Si se incumple el contrato de manera intencional, deberá resarcir las consecuencias previstas o previsibles no sólo al momento de la celebración del contrato, sino también al momento del incumplimiento.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> GALDÓS, Jorge Mario, “Relación de causalidad y previsibilidad contractual”, RCyS 2015 – X, 19. En este aspecto, Azar sostiene que “esta norma acota el agravamiento de las consecuencias resarcibles en razón del dolo para las obligaciones de origen contractual. El Código Civil y Comercial se aparta de las reglas sentadas en el artículo 904 del Código derogado por el cual “las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto” y en el artículo 905 que atribuía las consecuencias puramente casuales al autor “cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho”. Las normas del Código de 1.871 no fueron objeto de controversia doctrinaria y jurisprudencial, por lo que la solución del nuevo Código introduce una importante laguna axiológica en el sistema de la responsabilidad por hechos ilícitos y por incumplimiento de obligaciones cuyas causas fuentes no son los contratos, al reducir su campo de aplicación al ámbito contractual. En efecto, se deja sin respuesta a la incidencia del dolo en el campo extracontractual, situación por demás disvaliosa”. (AZAR, Aldo Marcelo, “Relación de causalidad”, en MÁRQUEZ, José Fernando – Director -, “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Zavalía, 2.015, Tomo 1, pág. 121/122).

## VI. Prueba de la relación causal

En principio, corresponde al actor la prueba del vínculo causal, en tanto que incumbirá al demandado la carga de demostrar que la condición discutida no fue determinante del perjuicio. Sólo una vez probado el enlace causal en su aspecto material y constatados, llegado el caso, ciertos y determinados “indicios”, podrá presumirse la adecuación de la condición.<sup>26</sup>

Para determinar el nexo de causalidad en un caso de responsabilidad extracontractual, el punto de partida viene dado por el evento dañoso, a diferencia de aquellos casos en que los sujetos están vinculados por una relación obligatoria preexistente, donde el juicio de indagación retrospectiva tiene como punto de partida el incumplimiento obligacional. En materia de responsabilidad contractual, constatado el incumplimiento de la obligación, se tiene por acreditada la relación de causalidad, esto es, al acreedor le basta con probar el incumplimiento material de la prestación para determinar la causalidad.

Lorenzetti señala que en materia contractual, interesa el juicio de causalidad a nivel de extensión del daño resarcible; la imputación del hecho dañoso y la identificación del responsable no dan lugar a problemas porque el sujeto responsable viene identificado a través de la obligación incumplida, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad extracontractual, en que la distinta relevancia jurídica del hecho generador hace que sea necesario adoptar un criterio en base al cual poder atribuir el daño a un sujeto determinado.

Constatado el incumplimiento se requiere realizar un análisis de tinte causal, especialmente en cuanto al comportamiento del deudor. Entre incumplimiento y daño debe existir una específica relación de causalidad. En la responsabilidad contractual, debe exigirse siempre y se exige que exista una relación de causalidad adecuada entre la falta de cumplimiento del deudor y el perjuicio sufrido por el acreedor.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> PREVOT, Juan Manuel, “Prueba del nexo causal”, LLNOA 2006 (agosto), 745.

El art. 1.736 del Código Civil y Comercial dispone que “la carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.”

Como regla general, en el proceso de daños es la víctima quien invoca la relación causal entre el daño y el hecho atribuido al autor y, por ende, recae sobre ella la prueba de dicho elemento, conforme a la regla establecida en el art. 1736.

El actor en el proceso de daños deberá, entonces, probar la relación de causalidad material o fáctica (es decir, que entre el hecho del agente y el daño puede predicarse la existencia de causalidad desde el punto de vista físico), y además que ese nexo así establecido es adecuado (causalidad jurídica), porque el resultado suele derivarse del hecho ilícito según la experiencia de vida, lo que importa tanto como afirmar que ese resultado era previsible. Si se está ante un incumplimiento contractual (pero no de obligaciones no contractuales), la prueba de la causalidad adecuada se ve desplazada por la de que las partes previeron o pudieron haber previsto dicha consecuencia al momento de celebración del negocio (art. 1728).<sup>28</sup>

## VII. Reflexiones finales

La relación de causalidad, presupuesto indispensable de la responsabilidad civil, encuentra una regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación, que se construye a partir de los avances y los aportes de la doctrina y la jurisprudencia interpretativas del Código derogado.

---

<sup>27</sup> MAYO, Jorge Alberto – PREVOT, Juan Manuel, “Responsabilidad contractual”, op. cit., pág. 371 y sgtes..

<sup>28</sup> PICASSO, Sebastián – SAENZ, Luis, Comentario al art. 1.736, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2.015, Tomo 4, pág. 451/452.

El actual régimen remarca la adopción de la teoría de la relación de causalidad adecuada, introduciendo una regla general aplicable a las tradicionales órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual: sólo se indemnizan las consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previsibles.

Las consecuencias casuales no son indemnizables, introduciendo, en este aspecto, una modificación con respecto al régimen anterior, en que este tipo de consecuencias resultaba indemnizable cuando hubiera existido una previsión en concreto por parte del autor del hecho, es decir, cuando hubiera actuado teniendo en miras la producción de esa consecuencia dañosa.

El criterio de imputación de consecuencias se estructura a partir de la noción de previsibilidad, es decir, un juicio que corresponde realizar teniendo presente el hombre medio, sin perjuicio de la valoración de la conducta como lo expone el art. 1.725 del Código Civil y Comercial.

Por último, aquella general en materia de atribución causal de consecuencias dañosas encuentra una excepción particular en el marco de la responsabilidad contractual, en tanto sólo son indemnizables las consecuencias que fueron previsibles para los contratantes en el momento de la celebración del contrato. Aquí se considera, fundamentalmente, que son indemnizables aquellos daños que pueden calificarse como una consecuencia prevista o previsible, al momento de la celebración del contrato, y de acuerdo a los hechos que el deudor conocía o debió conocer al obligarse, esto es, según las circunstancias y la información relevante del contrato “comunicada”, transmitidas entre ellas y ponderadas al momento de la contratación. En caso de dolo, las consecuencias indemnizables se extienden también a las previsibles al momento del incumplimiento, aunque no se las hubiera podido prever cuando se celebró el contrato.

**Daño estético**

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA



## I. Introducción

La belleza ha sido considerada desde tiempos inmemoriales como un valor de inmensa cuantía. El Papiro de Ebers, uno de los más antiguos tratados médicos conocidos que data, según algunas fuentes del año 1500 antes de nuestra era, describía fórmulas magistrales y, algunas de ellas, se referían específicamente a recetas cosméticas.

La imagen personal o pública de un ser humano es el “conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad”<sup>1</sup>. Resulta indiscutible que en nuestros tiempos se le asigna a la misma una gran importancia y la ciencia médica -desde la cirugía estética- acompaña con el uso de la tecnología, el camino hacia la conquista de una nueva perspectiva: el embellecimiento de las personas. Las técnicas médicas son capaces hoy de modelar partes del cuerpo humano para adaptarlo al ideario de belleza a los que invitan nuestras sociedades.

En la sociedad de consumismo que vivimos, nos lleva a un egocentrismo exacerbado, en donde necesitamos de una manera imperiosa el reconocimiento, el ser aceptado y no discriminado; debo sentirme bien, se ha creado la necesidad que los demás nos vean bellos, hermosos, que encajemos en el estereotipo de las muñecas “Barbies”, las mujeres, y de los “Kent”, para los hombres, prometiéndonos que con eso alcanzaremos la felicidad. Pero, lamentablemente observamos personas que físicamente encajan en el estereotipo mencionado, pero se los ve y confiesan no estar felices, pese a sus innumerables cirugías estéticas.

Actualmente, el auge de las cirugías estéticas o cosméticas, estimuladas por la masividad de la información a través de los medios de comunicación, que han globalizado también los patrones de belleza: rejuvenecer, reafirmar, mejorar, levantar, estirar, rellenar, extraer o parecerse a una celebridad determinada, son las necesidades de los arquetipos sociales a seguir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Real Academia Española; <http://lema.rae.es/>

<sup>2</sup> AIZENBERG, Marisa & Roitman, Adriel J. (2010), “Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento”, Responsabilidad Civil y Seguros, 08, 84.

Este tema tiene una gran importancia en el mundo actual, como bien lo señala Lemega “vivimos en una sociedad que rinde tributo a la belleza, las mejores oportunidades de trabajo son para aquellas personas que presentan un exterior agradable, la buena presencia es ahora más que nunca la mejor carta de presentación de los postulantes a empleos”<sup>3</sup>. Por ejemplo, en la lectura de cualquier periódico se advierte que, dentro de las condiciones exigidas para acceder al mercado laboral, además de requerirse conocimientos técnicos determinados de la persona en cuestión, se pretende que ésta tenga buena presencia<sup>4</sup>.

Antes de conocer a una persona, la “vemos”, y esta visión no es sólo un punto de partida para todo acercamiento o rechazo más profundos, sino que ella misma establece una relación interpersonal básica: la impresión estética que suscita un semejante es relevante en la concreción de vínculos existenciales. La armonía física representa un bien deseable socialmente, en especial cuando el lucimiento del cuerpo resulta necesario (practicar deportes, bañarse en lugares públicos, usar ropa liviana, etcétera). También es valiosa individualmente y en la vinculación de pareja, pues el cuerpo es fuente de satisfacción para el sujeto que en él vive y a través de él se expresa, y de mortificación cuando su normalidad o su belleza se encuentran afectadas.<sup>5</sup>

En el mismo sentido, ya en el año 1967, en la doctrina colombiana se sostenía que: “La cara del hombre es la parte más digna de su cuerpo, ya que en ella se reproducen, como en un espejo sus pensamientos y los impulsos de su corazón: es el vehículo que excita las simpatías de nuestros semejantes, de las que se esperan a menudo, no sólo bienes materiales o afectivos sino el mayor de los bienes, el tesoro de algún afecto ambicionado. Por consiguiente

---

<sup>3</sup> LEMEGA, Miguel. (1977). “El daño estético en la legislación. Doctrina y jurisprudencia”, *La Ley*, 1977-D-, 1033.

<sup>4</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. (s.f.) *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, (p. 237), Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

<sup>5</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, M. (s.f.). *Tratado de Daños*, (Vol. I, p.217). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

no puede dudarse en admitir que la lesión que desfigure el rostro de un hombre, debe considerarse grave”.<sup>6</sup>

En el presente trabajo se analizarán conceptos preliminares de la estética, la importancia de la clasificación de los daños para un mejor entendimiento de nuestra postura, las distintas posiciones la situación en nuestro país. Las diferencias con otras figuras, especialmente con el daño moral y el menoscabo físico donde la mayor parte de la doctrina encasillan al daño estético, negándole su autonomía. Por último, se darán los fundamentos por los cuales sostenemos la autonomía del daño estético respecto de los otros.

## II. Conceptos preliminares de estética

Estética, en el aspecto filosófico, es la disciplina que trata de lo bello (entendido en el sentido amplio que abarca lo artístico, las diferentes categorías estéticas -sublime, gracioso, lindo, ridículo, trágico, etc.-, lo bello natural, moral y cultural) y los diferentes modos de aprehensión y creación de las realidades bellas. Si se entiende por estético aquello que despierta en el hombre una sensación peculiar de agrado, potenciación expresiva y distensión adherente hacia el entorno, puede definirse la estética como la ciencia de lo estéticamente relevante, a fin de evitar el riesgo de entender lo bello de modo en exceso restringido.<sup>7</sup>

En otras palabras, la estética primariamente considerada es una disciplina filosófica que estudia la belleza y el arte, en su acepción más común se acepta como la percepción o apreciación de la belleza o lo armónico, o como el conjunto de cualidades cuya manifestación sensible produce deleite espiritual, un sentimiento de admiración.

---

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco. (1967). *Programma- Parte especial*, (vol. II, pág.121, & 1450). Bogota, Colombia: Temis. citado por Iribarne, H. P. (s.f.). *De los daños a la persona*, (Primera ed., p. 572). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

<sup>7</sup> LÓPEZ QUINTÁS, A; *Estética y filosofía*, publicado al día 05/02/2014 en [http://www.me rcaba. org/Rialp/E/e stetica\\_ losofi a.htm](http://www.me rcaba. org/Rialp/E/e stetica_ losofi a.htm)

La palabra estética, fue por primera vez empleada a mediados del siglo XVIII (1753), por el filósofo alemán, Alexander Gottlieb Baumgarten, profesor de estética en la Universidad de Halle, en su obra “Reflexiones filosóficas acerca de la poesía”, definiendo a la “estética” como «ciencia de lo bello, misma a la que se agrega un estudio de la esencia del arte, de las relaciones de ésta con la belleza y los demás valores». Es decir, opuso la estética, como conocimiento sensible capaz de aprehender la belleza, y expresarla en manifestaciones artísticas; a la lógica, saber racional.<sup>8</sup>

Para el filósofo Kant, en su obra “Crítica del juicio” la estética es la ciencia que estudia e investiga el origen sistemático del sentimiento puro y su manifestación que es el arte; “un sentimiento de placer generado por la forma de las cosas”. Es decir, es una reflexión sobre los problemas del arte.<sup>9</sup>

Pero lamentablemente en los tiempos actuales lo estético se ha trivializado y banalizado a tal forma que solo se identifica con patrones físicos determinados por el consumismo, casi siempre con rasgos erótico sexuales exagerados o deformados que responden a estereotipos publicitarios insensibles y ajenos a la realidad de la población general, como lo observamos constantemente en los medios masivos de comunicación social, en internet y en nuestra vida cotidiana. La idea de lo estético, lo hermoso o lo bello se asocia con superficialidad, frivolidad y ligereza, inclusive con exposición corporal vulgar y del mal gusto, en todo caso con ausencia absoluta de profundidad espiritual.

En este sentido, podemos citar una reflexión muy interesante realizada por el juez Mooney en uno de sus votos, que dice: “Hay un escenario hedonista en esta cultura post moderna. Como señala el filósofo y ensayista Gilles Lipovetsky (“La tercera mujer” - Edit. Anagrama - 1999) “hay un marketing del cuerpo en la sociedad contemporánea”. No solo hay un auge de la exaltación estética en la mujer hay al decir del psiquiatra español Enrique Rojas

---

<sup>8</sup> Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L. y en <http://deconceptos.com/articulos/estetica-ix-zz2r-zccj-Rvd> (al 05/02/14)

<sup>9</sup> En <http://www.educatina.com/filosofia/filosofia-general/conceptos-clave-de-filosofia-general/que-es-la-estetica-video> (al 05/02/14)

la vigencia del “hombre light” en el cual el hedonismo y el narcisismo físico son dos notas relevantes. .... Vivimos bajo el paradigma de lo estético. Hoy se borra del cuerpo toda seña del paso del tiempo. No sólo, no hay que tener cicatrices, no hay que envejecer. Por ello toda cicatriz -la más leve- es un disvalor social difícil de superar en el mercado fashion que vivimos. Debo tener en cuenta además, que en los circuitos amatorios y laborales la contraseña es ser joven, sin secuelas de ningún orden, con el cuerpo “trabajado” con horas de barra y gimnasia. Lo estético cotiza en la bolsa de la atracción moderna. Hay una cultura del cuerpo. Bajo el paradigma de Fausto de la eterna juventud, está vedado envejecer y tener lesiones estéticas visibles u ocultas. El cuerpo y la vida están trabajados en función del mercado feroz. Hoy se “fabrica” un cuerpo con glúteos endurecidos con horas de gimnasio y senos de siliconas. Los argentinos tenemos el sexo en los ojos, al conjuro de la época fashion que supimos conseguir, en este arcadia feliz del primer mundo, en esta estación terminal de la historia, donde agonizan las ideologías y reinan las mallas de baile y los equipos de gimnasia”.<sup>10</sup>

También en otro fallo se ha destacado con una gran crudeza la importancia de la estética señalando: “En definitiva, el hombre al cual la sociedad de nuestro siglo ha transformado en un consumista, busca por sobre todo la belleza, lo estético, lo perfecto, pues lo feo, lo antiestético, lo imperfecto, le repele quizá porque todos y cada uno de nosotros, al ver esos seres marcados por el infortunio, experimentamos el temor subconsciente de que alguna vez y en algún momento, nosotros también podamos ser marcados por la desgracia. Así, el hombre afectado por una deformidad es, aun cuando prediquemos nuestro amor al prójimo, un ser al cual la sociedad de sus contemporáneos da vuelta la cara y casi sin saberlo, sin quererlo, lo convierte en un paria, en un fugitivo que

---

<sup>10</sup> (Voto MONEY) Cámara Apelaciones Civil y Comercial Séptima Nominación de Córdoba, 08/05/2000, Sent. N° 34, “Iturri Luis F. c/ Alicia Roteda y otro – Daños y Perjuicios y sus Acum.: Ceballos Edgardo Gustavo c/ Alicia J. Roteda y otro – Daños y Perjuicios y Gómez Ana María c/ Alicia J. Roteda y otros – Daños y Perjuicios”.

corre desesperado tras su propia sombra, la sombra de lo que ha sido. La víctima se transforma así en culpable, por obra y gracia de nuestro egoísmo, pero ¿es que acaso humanamente podemos evitarlo?”<sup>11</sup>

En las ciencias médicas, si bien no se encuentran definiciones de estética, si se ha reconocido a la medicina estética como una rama o especialidad en la misma; y se la define como la práctica médico-quirúrgica que aplica las técnicas necesarias, para la restauración, mantenimiento y promoción de la estética, salud y bienestar.<sup>12</sup>

En esta rama de la medicina se define el daño estético como “una alteración de carácter peyorativo en la forma normal y armónica (deformación) del individuo, percibida en forma objetiva por quien la padece y/o por los demás”<sup>13</sup> O mejor aún la definición médico legal: “toda alteración física o psíquica causada por agentes mecánicos, físicos, químicos o biológicos, derivados de una acción endógena de carácter doloso o no”.<sup>14</sup>

Sostenemos, que las consideraciones de los párrafos anteriores nos indican una deformación absoluta de los procesos de reconocimiento y autoaceptación corporal de los individuos, de la autoi-

---

<sup>11</sup> Cámara de Apelación Civil Comercial n°7, Córdoba, 13/3/89, “Sosa, Miguel c/Empresa Colta”.

<sup>12</sup> Libro Blanco de la Medicina Estética, aprobado en la Asamblea General de Sociedad Española de Medicina Estética el 28 de junio de 1997. Es un trabajo de todos los miembros de la misma que han colaborado con sus aportaciones para que el profesor Juan Ramón Zaragoza lo coordine y redacte en su forma original. Disponible en la página web [http://www.sem e.org/ area\\_ seme /libroblan co.php](http://www.sem e.org/ area_ seme /libroblan co.php)

<sup>13</sup> BERMÚDEZ, Jorge (2009). Valoración del daño estético por cicatrices, recuperado el 27 de julio de 2010 de <http:// www .am fra.o rg.ar/vertr abajo c2.asp> (de la Asociación de Médicos Forenses de la República Argentina)

<sup>14</sup> CHOMALI KOKALY, Teresa; VALENZUELA ROMO, Daniel y NAHUEL PÁN, Erwin. (Junio 2001), Valoración Médica del Daño Corporal por Mordedura de Perros, recuperado el 30/01/2013, disponible en <http://www. medn et.cl/link. cgi/Med wave/ Atenc ion/Gen eral/1871>.

magen y de la autoestima. En efecto, el hombre en cuanto a ser físico, además de ético, ocupa un espacio concreto y tangible en la sociedad. Esta realidad corpórea es visible, con figura y color, para sí mismo y para los demás. Corporeidad que se constata por los sentidos pero que además tiene reconocimiento y representación interna en la psique del individuo, pues es allí donde se reciben, integran y vivencian las sensaciones provenientes de ésta, valga decir, las sensaciones interoceptivas (viscerales), las exteroceptivas (externalidad) y las propioceptivas (de posición y tono muscular). En todo caso como individuos humanos experimentamos un proceso de aceptación a nuestra corporeidad, de aprobación a nuestra integridad somática, de admisión, querencia y afirmación de nuestra propia imagen, siendo esta una experiencia consustancial del ser humano. Sin importar la variedad fenotípica<sup>15</sup> como terminamos queriéndonos y aceptándonos como somos, con nuestra propias características físicas y ello generalmente nos genera placer, ningún ser humano aceptaría cambiar su fisonomía completamente salvo que medien poderosos motivos (deformidades congénitas o deformidades por accidentes), a tal punto se opera este fenómeno psíquico que ciertos individuos que no lo logran (aceptación de su corporeidad) terminan aplastados por la frustración y la inconformidad y viven su vida casi comprometida en el empeño de cambiar su aspecto físico anhelando aceptación lo que los lleva a someterse a múltiples cirugías: “Dismorfismo” (dismorfofobia) es el nombre patológico, sin reparar que el principal y más importante asentimiento es el que se logra interiormente (autoaceptación).<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> De fenotipo, que significa Manifestación visible del genotipo en un determinado ambiente.

<sup>16</sup> TRUJILLO HURTADO, Víctor Hugo, en El daño estético como perjuicio inmaterial autónomo del daño moral y del daño a la vida de relación; disponible en la página web <http://de.rechodet.an.oscol.om.bi.a.bl.ogs.p.o.t.com/> 20 10/03/

### III. La situación en Argentina

En nuestro país, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, muy tímidamente ha comenzado a reconocer que es un daño indemnizable, pero incluido dentro del daño moral o bien dentro de las consecuencias patrimoniales de una lesión, pero no al daño estético en sí mismo, no como un daño autónomo como lo sostenemos y demostraremos en este trabajo.

En la época que vivimos se declama mucho sobre los derechos humanos, poniendo, o tratando de hacerlo, al ser humano como centro del derecho, no como se hizo con la revolución francesa y las legislaciones que son consecuencia de la misma siguiendo sus ideas, que se centran en la protección de la propiedad y del patrimonio personal olvidándose justamente de proteger a la persona, al ser humano en su esencia. Dentro de los derechos humanos, se encuentra la integridad de las personas como bien que debe ser protegido, y dentro de esa integridad, la integridad social (la estética), por ello, es un bien que debe ser indemnizado cuando se lo lesiona de cualquier forma.

Con la reforma introducida en el año 1994 a la Constitución Nacional, en la que se eleva al máximo rango normativo a los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos se produjo una gran influencia en el marco evolutivo del “derecho de daños” se pasó de la clásica hegemonía del patrimonio, a primar la defensa y respeto de lo humano, siendo más humanitaria, protegiendo la integridad de las personas entre otras cosas, este fenómeno algunos doctrinarios lo ha denominado la “constitucionalización del derecho civil”.

También, es menester señalar que con relación a la evolución de los perjuicios indemnizables que puede sufrir la integridad de una persona, existe una gran influencia de la ciencia médica que ha progresado notablemente en los conocimientos de todo el ser humano, causando en el espacio jurídico una franja de conflicto, entre el clásico daño moral y lo que actualmente se denomina “daño estético” o también con el daño psicológico.

Si se parte de la legislación vigente, el daño, en nuestro Código Civil y Comercial está definido en el artículo 1.737, que dice “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”<sup>17</sup>

Para saber el modo de reparar el daño es necesario distinguir entre el perjuicio sufrido, del modo como se lo repara o indemniza, así el artículo 1.740, establece que: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”

También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero, que debe ser integral y comprender dos rubros principales, relativos al detrimento o empobrecimiento del patrimonio (daño emergente) y la frustración de una ganancia, o sea, la pérdida de la posibilidad de acrecentar el patrimonio (lucro cesante).

Esta norma enuncia una regla genérica del modo de reparar daños aplicables a ambas órbitas de la responsabilidad, tanto en la esfera contractual, como extracontractual. La reparación debe ser plena, retro trayendo la situación patrimonial del damnificado al instante inmediato anterior al hecho, de manera de compensar todos los rubros de los perjuicios materiales sufridos, como si nada hubiese sucedido.

El resarcimiento puede ser en especie, o reposición física de las cosas a su estado primitivo, dependiendo ello de la naturaleza de la prestación y de su posibilidad fáctica. Rara vez ello es sufi-

---

<sup>17</sup> Su antecedente es el Art. 1068 C. Civil: “Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.”

ciente, puesto que no puede cubrir el lucro cesante, el que siempre se satisface en dinero (artículo 1738 Cód. Civ. y Com.).

La decisión judicial debe ser motivada y fundada, no se libra al mero arbitrio del juez, la valuación del daño deberá ser hecha al día de la sentencia. Siempre que el autor no incurra en dolo, la indemnización fijada a favor del damnificado, a pedido de parte interesada, podrá ser reducida por razones de equidad; el artículo 1738 C.C.yC., establece que la indemnización comprenda la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

El modo de reparar el daño cuando se han causado lesiones, se encuentra establecido en el artículo 1748 Cód. Civ. y Com., al sostener que “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.”

Aunque el artículo guarde silencio, para fijar el monto resarcitorio hay que partir de la entidad de la lesión en sí misma y su efecto en (el físico de una) la persona.

A este artículo no hay que aplicarlo aisladamente, sino que lo debemos conjugar con lo señalado en el artículo 1740 Cód. Civ. y Com., que el resarcimiento de daños consistirá en la reposición

de las cosas a su estado anterior, en caso de no ser posible la indemnización será en dinero. Es decir, que la indemnización, no solo debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante, sino que también debe incluir el daño efectivamente sufrido en la persona, lesionando su integridad física, psíquica y social.

#### IV. Importancia de la clasificación de los daños

La clasificación de los daños está íntimamente vinculada con la variación del concepto de “daño resarcible”, y justamente la mutación del contenido del “daño resarcible” que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil y, en particular, en las últimas décadas, es uno de los temas más sorprendentes en el denominado derecho de daños.

En uno de sus trabajos, Alferillo<sup>18</sup>, citando a Orgaz, recuerda que en los primeros tiempos únicamente se entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. En efecto, este autor –Orgaz– enseñaba que “los artículos 1079 civil y 29 penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a “toda persona” o al “tercero” que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, sólo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley...”.<sup>19</sup>

En una etapa posterior, se entendió —de igual modo— resarcible “el simple interés” no contrario a derecho que fuera magistralmente precisado por Zannoni<sup>20</sup> cuando dijo que “el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de ac-

---

<sup>18</sup> ALFERILLO, P. E., “Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona”, *Doctrina Judicial*(3), 298-ss., LA LEY 2008-A, 159.

<sup>19</sup> ORGAZ, A. (1992). *El daño resarcible*. (pp. 98/99). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión de la legitimación para reclamar de los concubinos, el pariente lejano alimentado por el fallecido, etc.

tuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente integraba la esfera de su actuar lícito -el agere licere-, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés —cualquiera sea éste— produce, en concreto, un perjuicio...”.

Como se puede observar, los conceptos utilizados por la doctrina y jurisprudencia tienen históricamente variaciones en el contenido que denotan conforme los cambios sociales y económicos que se han producido a lo largo de la vigencia de la codificación.

El problema se profundiza cuando se trata de precisar el “daño resarcible” que se le puede inferir a la persona, puesto que la particular esencia del hombre motiva planteos que en algunos casos traspasan los límites del ámbito jurídico y, en otros, impiden el ingreso de propuestas renovadoras bajo el pretexto de su excelsa calidad.

De las distintas posiciones conocidas transcribiremos el contenido de las que en la actualidad tienen mayor predicamento en la doctrina de los fallos, que lo dividiremos en dos grupos, el primero, restringido el daño a la consecuencia patrimonial o moral de la lesión, y el segundo, amplio, de clasificación en pares diferenciando el daño a las cosas del daño a la persona.

*Primer grupo: daño es la consecuencia patrimonial o moral de la lesión.*

Entre los más destacados autores que adhieren a esta posición, encontramos a Pizarro-Vallespinos<sup>21</sup>, cuando conceptualizan el daño resarcible argumentan que “en un sentido amplio se lo identifica con la ofensa o lesión a un derecho o a un interés no legítimo de orden patrimonial”, pero, aclaran que “el Código Civil atribuye

---

<sup>20</sup> ZANNONI, E. A. (1993). El daño en la responsabilidad civil (2da. Edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión ed., pp. 36-37). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

<sup>21</sup> PIZZARRO, R. D., y VALLESPINOS, C. G. (1999). Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones (1a ed., Vol. II, pp 639-640). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

otro significado a la expresión “daño”, al tiempo de considerarlo como elemento o presupuesto de la responsabilidad civil - daño resarcible” (art. 1068, 1069 y cons.). En tal caso, el daño ya no se identifica con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial o a un interés que es presupuesto de aquél, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último...”

En esta perspectiva, también encontramos a Lorenzetti<sup>22</sup>, quien introduce algunas precisiones cuando hace una reseña de las distintas posiciones asumidas por la doctrina autoral y judicial argentina, al expresar que “otros autores (Santos Briz, Jaime; Matilde Zavala de González) pasan a considerar el resultado o consecuencia del perjuicio. Se argumenta que el daño no consiste en la lesión misma sino en sus efectos y que no habría que indemnizar si hubiera lesión sin resultado. Es un criterio funcional, realista y pragmático; hay daño patrimonial si el resultado es antieconómico y daño moral si el resultado es antiespiritual. En realidad, es cierto que el daño es una consecuencia puesto que no es la lesión misma la que se resarce. No es en cambio un mero efecto económico o espiritual sino jurídico lo que se tiene en cuenta...”

Este autor redondea su posición cuando marca “lo que se resarce no es la incapacidad sino sus repercusiones económicas y morales. En nuestro caso se debe atender al modo en que la minusvalía afecta la capacidad de ganancia del sujeto, ya que el régimen jurídico contempla el resarcimiento de las ganancias perdidas por las lesiones (art. 1086, Cód. Civil), no las lesiones en sí mismas. En el caso de muerte, se resarce otorgando lo que fuere necesario para la subsistencia, no la muerte en sí misma (art. 1084, Cód. Civil)...”<sup>23</sup>.

Los postulados de esta posición se sintetizan del siguiente modo:

---

<sup>22</sup> LORENZETTI, R. L. (s.f.). “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”. Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, “Daño a la persona”(1), 104.

<sup>23</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., p. 110.

- a) El daño no consiste en la lesión misma sino en sus efectos.
- b) El daño versa sobre el resultado de la violación que repercute negativamente en el patrimonio y en lo moral. El daño no se identifica con la sola lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial o a un interés que es presupuesto de aquel, sino es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión.
- c) No es la lesión misma la que se resarce.
- d) Lo que se resarce son sus repercusiones económicas y morales.
- e) Finalmente, este grupo de autores identifica daño moral con daño extrapatrimonial.

*Segundo grupo: Tesis amplia. Clasificación en pares.*

En una de sus investigaciones Mosset Iturraspe, inicia su crítica a la posición anterior señalando que “no debe confundirse la traducción económica de todo daño (sea a la persona o sea moral) con la repercusión patrimonial”, rechazando la posibilidad de que puedan existir daños puros ajenos a una cuantificación económica, pues “los golpes en el patrimonio suelen alcanzar a la persona, sin un mal a ella causado; pero los que padece la persona pueden no repercutir sobre el patrimonio, salvo en la medida en que origine, para la víctima, un crédito dinerario -la indemnización - que es parte del patrimonio...”<sup>24</sup>.

El autor en función de ese criterio básico reprocha a la tesis antes expuesta sosteniendo que “la expresión daño moral ha tenido la virtualidad de limitar la visión de la persona humana, de recortarla o detenerla desde una óptica poco feliz, la del dolor, a partir, precisamente, de la calificación del daño extrapatrimonial

---

<sup>24</sup> MOSSET ITURRASPE, J. (s.f.). “Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona”, Revista de Derecho de Daños N° 6 “Daño moral”(6), 7-10.

resarcible como daño “moral”...<sup>25</sup>”. Es por ello que propone, como nueva calificación, la sustitución del “daño moral” por “daño a la persona”, reduciendo el campo de comprensión del primero a ser una especie dentro de los males hechos a la persona (género) que únicamente se identifica con el dolor, sufrimiento, angustia o desolación.

Por su parte, Fernández Sessarego, en su conocida postura humanista, recuerda que la reparación de un daño a la persona exige, como es fácilmente comprensible en este nivel de la historia, criterios y técnicas adecuadas a un ser libre que sustenta una unidad psicosomática que le sirve de soporte y de instrumento para su realización personal. Criterios y técnicas diferentes, tradicionales y conocidas, son las que, como bien sabemos, se han venido aplicando para resarcir los daños a las cosas, siempre valorables en dinero. Lo grave, por desconocimiento de la naturaleza del ente dañado, es que se han utilizado erróneamente estos criterios y técnicas para reparar un daño a la persona<sup>26</sup>.

El autor peruano, Fernandez Sessarego, sobre esta base propone diferenciar primero entre el daño a las cosas del daño a las personas y luego, como segunda, una calificación que tenga en cuenta las consecuencias derivadas del daño, diferenciando, entonces, entre los daños patrimoniales o extrapersonales y extraprimoniales o daños personales.

Así lo precisa cuando señala que “si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado se observa que son dos las categorías de entes capaces de soportar las consecuencias de un daño. De una

---

<sup>25</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 11. Este autor precisa que sus objeciones son de muy variado tipo, de las cuales anota tres: A) La expresión “daño moral” es inapropiada o inadecuada, y además equívoca; B) la tesis reduccionista: daño moral = dolor, deja afuera una serie importante de perjuicio que la persona puede padecer, y C) el sufrimiento o dolor, así expresado, además de provocar reacciones negativas - contrarias a su resarcimiento-, no explicita adecuadamente, en múltiples casos, dónde se origina el porqué de su causación”.

<sup>26</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, C., “Daño moral y daño al proyecto de vida”. Revista de Derecho de Daños N° 6 “Daño moral”(6), 37.

parte encontramos al ser humano, fin en sí mismo, y, del otro, a los entes del mundo de los cuales se vale el hombre, en tanto son instrumentos, para proyectar y realizar su vida. El daño al ser humano, que obviamente es el que tiene mayor significación, es el que se designa y conoce como daño subjetivo o daño a la persona. En cambio, el daño que incide en las cosas se denomina daño objetivo. La segunda calificación, que se sustenta en los efectos del daño. De un lado podemos referirnos a los daños extrapersonales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero y, del otro, cabe aludir a los daños personales o extrapatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero. Es de advertir que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas, pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos tipos de consecuencia...”<sup>27</sup>.

Para redondear, sin agotar su pensamiento, el autor recuerda que algunos autores distinguen entre daño-evento y daño-consecuencia aun cuando ambos aspectos conforman una unidad. A partir de ello, “tratándose de un daño somático, el daño-evento es la lesión en sí misma mientras que el daño-consecuencia, como su designación lo denota, se refiere a los efectos o repercusiones de la lesión...”<sup>28</sup>.

Por su parte, Gamarra<sup>29</sup>, cuyo pensamiento puede ser ubicado en este grupo, propone coincidentemente una doble calificación:

---

<sup>27</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, C. (etiembre de 1993). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. Cuadernos de Derecho N° 3 del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima(3). Y en Ponencias I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, Univ. Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994.

<sup>28</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Daño moral y daño al proyecto de vida”, cit., p. 41.

<sup>29</sup> GAMARRA, J. (1991). La reparación del perjuicio. Daño a la persona. En Fundación de Cultura Universitaria, Tratado de Derecho Civil Uruguayo (Vols. XXIII, vol. 5 parte VII, págs. 17-ss). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria. (Citado por Lorenzetti, ob. cit.).

por una parte, el daño a la persona y a las cosas, y, por otro lado, el daño material y el moral. De éste existe la posibilidad de que haya daño a la persona tanto material como moral.

Los postulados comunes de este grupo de autores podemos sintetizarlos del siguiente modo:

a) Reconoce a la persona como el eje del derecho, en general, y del derecho de daño, en particular.

b) Acepta para el campo jurídico un concepto amplio de daño resarcible.

c) Diferencia entre el daño a las personas y sobre las cosas.

d) Distingue entre daño patrimonial y extrapatrimonial.

c) Acepta la posibilidad de que cada uno de los tipos de daños del primer grupo genere daño patrimonial o extrapatrimonial.

d) No identifican el daño moral con el daño extrapatrimonial. Por el contrario, ubican al daño moral como una especie dentro del daño extrapatrimonial, aceptando la autonomía conceptual y resarcitoria del daño psíquico, estético, etc.

No podemos dejar de señalar la influencia que tiene la evolución científica sobre el contenido y clasificación de los daños, especialmente la relacionada con el estudio del hombre como es la medicina -en general-, la psiquiatría -en particular-, la genética, la antropología, la sociología, etc.

Ellos han permitido conocer al ser humano de una forma científicamente impensada hasta algunas décadas atrás, facilitando precisar la calidad ontológica de algunos rubros para asegurar que tienen autonomía no solo conceptual sino también, resarcitoria en el derecho de daños.

En concreto, la evolución científica ocurrida en los últimos años da sustento, como por ejemplo, para sostener que el daño

psíquico adquirió identidad ontológica, los médicos y los juristas pueden precisar objetivamente de que se trata, al punto que les ha permitido asegurar que tanto el menoscabo psíquico como el moral se producen en la psique humana, considerando al segundo (moral) en un estadio inferior respecto del primero por cuanto no tiene la característica de ser patológico, de ser una enfermedad.<sup>30</sup>

Este tema, es de crucial importancia por la influencia que ejerce sobre la histórica clasificación bipolar -seguida por la mayoría de la doctrina de nuestro país-, por cuanto si nos preguntamos cual es el contenido o de que se trata el “daño moral consecuencia” o de las “consecuencias morales” veremos que el mismo está limitado o conformado, exclusivamente, al daño moral como *pretium doloris* que es siempre consecuencia que se produce sobre la integridad psíquica de la persona sin llegar a ser patológica.

Como por ejemplo, frente a una quebradura de la tibia y peroné de un jugador de fútbol profesional, nos encontramos ante una conducta que ha ocasionado un daño a la integridad física de la víctima de la cual se derivan consecuencias patrimoniales (daño emergente y lucros cesantes) y consecuencias morales que consisten en un mal estar de su espíritu, dolor, tristeza, etc. que se producen en la psique de su persona. En otras palabras, el deterioro físico repercutió negativamente en la psique de la misma persona configurando el daño moral, sin llegar a ser una patología, ni una alteración profunda del equilibrio emocional o una merma funcional del compuesto humano, ni tener el carácter de permanente como lo exige la doctrina judicial para ser considerado daño psíquico. Es decir, el daño extrapatrimonial, como lo denominan los clásicos como equivalente de daño moral, siempre tiene como punto de partida a la persona y como punto de arribo cuando tiene consecuencias morales, a la misma persona.

---

<sup>30</sup> ALFERILLO, P. E. (2009). “El desvinculo del menoscabo psíquico del daño moral”. *Revista de Derecho de Daños- Daños a la persona*(3), p. 29. En la doctrina de los tribunales se puede citar: Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 26/11/2008, autos N° 19.569 “Urcullu, Jorge E. c/ Giménez, Miguel B. y Tac Ltda. - Daños y Perjuicios - Sumario”, L. de S. T° 102, F° 83/141, entre otros pronunciamientos.

A partir de ello, resulta sin fundamento continuar hablando de daño extrapatrimonial como equivalente de daño moral, cuando hoy se debe adoptar como punto de referencia, como faro iluminador en la oscuridad de la noche que en sus sombras todo unifica, a la persona para efectuar cualquier análisis jurídico a la luz de los principios constitucionales. Es jurídicamente más apropiado hacer referencia a la sinonimia entre daño a la persona y daño extrapatrimonial como contraposición al daño al patrimonio.<sup>31</sup>

#### *4.1. Situación de nuestro país.*

En este aspecto, debemos señalar que cuando se trata de clasificar diferentes tipos de daños, se habla del daño estético, del daño biológico, del daño al proyecto de vida, del daño psicológico, etc., desde este punto de vista, puede hablarse de una autonomía conceptual, pues cada daño responde a afectaciones diferentes de la persona.

Pero cuando se pasa al campo resarcitorio, el tema se complica, toda vez que para un sector (Alferillo y otros) debe repararse cada daño de manera independiente, y ahí sí, desde este punto de vista hay una autonomía resarcitoria.

En nuestro país, para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, nuestra ley solo reconoce dos tipos de daño, material y extrapatrimonial o moral. Estos afirman que no hay más daños que estos dos, y que todos los daños deben subsumirse en uno de esos dos daños; en consecuencia, desde este punto de vista no hay autonomía resarcitoria.

En el caso concreto del daño estético, entendemos debe indemnizarse como tal; pero – como señalamos- para la mayoría de la doctrina argentina, el daño estético podrá ser material o moral, según el caso. En la mayoría de los casos será un daño moral (el afeamiento que se padece), pero para ciertos casos puede ser un daño material (el caso de la modelo que sufre un daño y perjudica su carrera profesional).

---

<sup>31</sup> ALFERILLO, P. E. (2011). “El daño biológico”. Revista de Daños, 3, 269-304, Rubinzal-Culzoni.

En ese sentido Spota<sup>32</sup>, en una de sus tantas publicaciones, al comentar un fallo, sostuvo que el daño o lesión estética puede considerarse como un daño moral o como un daño material según las consecuencias que este produzca.

Continúa diciendo que cuando una persona sufre una lesión que le produce una herida o cicatriz que perjudica la estética del mismo, ¿media sólo un agravio moral? ¿El *pretium doloris* es únicamente el que procede? Es frecuente que el daño moral vaya unido al material en una forma que, a veces, resulta difícil separarlos. Cuando se difama a una persona, no sólo ello ocasiona un agravio moral, sino que también puede acarrear, como consecuencia inmediata, y, desde luego, mediata, una disminución pecuniaria en la esfera de los negocios, en el mundo profesional, etc. Otras veces, sólo media un perjuicio moral, no seguido del *damnum* material. Ahora, tratándose de la lesión estética, creemos que cabe formular una distinción. Si ella ocasiona una mayor dificultad en la obtención del sustento, en la lucha por la vida, nos resulta indudable que hay allí, ante todo, un daño material perfectamente cierto, aun cuando sólo sea determinable con una mayor o menor aproximación. Esto último, no constituye un obstáculo para la admisión de ese perjuicio material: hasta una simple fractura de un hueso, que ocasiona una incapacidad laborativa, origina, con suma frecuencia, semejantes dificultades para evaluar el quantum indemnizable. Vemos, entonces, que en esos supuestos el juez debe separar cuidadosamente el daño material del agravio moral. Una cicatriz o deformación antiestética, desagradable, y, a fortiori, si es repugnante, implica una disminución de la capacidad funcional de trabajo. Es evidente que media una lesión patrimonial, económica, no obstante que también exista el agravio moral.

Por su parte Iribarne<sup>33</sup>, sostiene que la discusión sobre la autonomía del daño estético parece ociosa, después de la decisión

---

<sup>32</sup> SPOTA, A. G., “La lesión a las condiciones estéticas de la víctima de un acto ilícito”, en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1341

<sup>33</sup> IRIBARNE, H. P. (s.f.). De los daños a la persona (Primera ed., pp. 568-569). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en el caso Turró, María Cristina c/ Moraña Roberto y Mendoza, Provincia de s/ Sumario, del 16-12-1983.), que ha resuelto acertadamente la cuestión al establecer que “el daño estético no es autónomo respecto del material o moral, sino que integra uno u otro o ambos según el caso”.

## V. Diferencia con otras figuras

Para precisar los límites del daño estético es necesario realizar un examen de la vinculación con otros menoscabos que puede padecer la persona en su integridad psicofísica-social o patrimonial. Esto tiene importancia para evitar que existan dobles resarcimientos o se deje sin indemnizar algún rubro.

También nos sirve para poner de resalto su autonomía conceptual y resarcitoria, toda vez que no puede ser abarcado dentro del concepto de las otras figuras, como, por ejemplo, la mayoría de la doctrina argentina considera que el daño estético está comprendido dentro del daño moral.

### 5.1. Diferencia del daño estético con el menoscabo físico.

Entendemos que es necesario para introducirnos en este tema, recordar brevemente que las manifestaciones del daño corporal algunos autores las han clasificado en anatómicas, funcionales, estéticas, morales y extracorpóreas.

Las anatómicas son aquellas que afectan cualquier tejido, órgano o sistema de la economía corporal, con abstracción de su funcionalidad. Se señalan por tales, quemaduras, cicatrices, hematomas, edemas, excoriaciones, arrancamientos, heridas en general, fracturas, roturas, estallidos, extirpaciones, osteosíntesis, esguinces, luxaciones, pérdidas de sustancias, enfermedades secundarias a la lesión, acortamiento de miembros, callos óseos anormales, displasias y tumores.

Las funcionales son las que afectan a la función de cualquier tejido, órgano, aparato o sistema suelen ser una consecuencia de la lesión anatómica pero con repercusión en el funcionamiento.

Las estéticas son las que afectan a la belleza o armonía biológica del individuo. Existiendo lesiones de repercusión estética, las originadoras de cicatrices, asimetrías, cojeras, pérdidas totales o parciales de sentidos, miembros u órganos externos.

Las morales son las manifestaciones colaterales de la propia lesión o daño corporal y que se patentizan en la esfera psíquica. Toda lesión tiene su manifestación en el campo del psiquismo, por la capacidad humana de sentir dolor en el presente, en pasado y futuro.

Las manifestaciones extracorpóreas del daño corporal son aquellas que trascienden el propio cuerpo y ocasionan daños y perjuicios físicos o morales sobre las personas o cosas.

### *5.2. Diferencia del daño estético con el menoscabo moral.*

Consideramos necesario realizar en primer término un análisis de la cuestión terminológica del daño moral y su conceptualización.

Al iniciar la tarea de elaborar una definición actualizada de que se debe entender por daño moral (valoración del mismo) observamos que este menoscabo tiene la característica esencial del derecho de daño que es la permanente mutación de sus conceptos.; lo que impone una tarea particular para llegar a la conclusión de cómo debería definirse el daño moral en este tiempo que por cierto generó un sinnúmero de criterios dado que se enfrenta el pensamiento de quienes no observan los cambios que se producen en la sociedad y en la ciencia que permiten pulir los perfiles del daño moral con el pensamiento de quienes proponen un cambio en la conceptualización que parte de concebir que el sistema privado argentino ha sufrido una profunda modificación en sus conceptos al poner al ser humano como eje de las preocupaciones u ocupaciones del Derecho desplazando al patrimonialismo reglado, originalmente, en el Código Civil por Vélez Sarsfield.

Al revisar el pensamiento expuesto por los principales autores de la doctrina argentina respecto del concepto de daño moral, se verifica una diversidad de opiniones difícil de conciliar en un criterio más o menos uniforme. Sin lugar a dudas, esta circunstancia

marca la carencia de identidad del daño moral en su esencia ontológica.

Siguiendo el pensamiento de parte de la doctrina moderna, consideramos que el llamado “daño moral” –especie del daño jurídico- debe denominarse como lo hacen los Proyectos de Código Civil de los últimos años: “daño extrapatrimonial”, o si se quiere “daño a la persona” como modo de exaltar lo que constituye el eje y centro de la preocupación del Derecho y en contraposición con el tradicional “daño patrimonial o al patrimonio”.

En el derecho argentino ha tenido diversas formas de conceptualizar al daño moral que a continuación detallamos:

1. El daño moral como daño a los sentimientos: Inicialmente el llamado ‘daño moral’ fue visto por la doctrina argentina –siguiendo a la itálica<sup>34</sup> y a la francesa<sup>35</sup>- como el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual<sup>36</sup>. Había una gran proximidad con el ‘pretium doloris’. Esta concepción, ha recibido la moderna crítica de confundir el contenido del daño, que atiende a las consecuencias que con frecuencia acarrea el dolor que causa la lesión -pero no necesariamente<sup>37</sup>- y su posible reparabilidad de acuerdo a la concepción que tenga el legislador, con lo que es conceptualmente el daño y su apreciación naturalística.

Este concepto es reduccionista que lleva a equiparar daño moral con dolor, dejando fuera otros ataques a la persona, como

---

<sup>34</sup> MESSINEO, Francesco (1955), Manual de Derecho Civil y Comercial, trad. de Santiago Sentís Melendo, (Tomo VI, p. 566, No. 53, parágrafo 169), Buenos Aires: EJEJA.

<sup>35</sup> SAVATIER, R. (1951), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, (2<sup>a</sup>.Ed., To. II, p. 92, No. 525), París, Francia: L.G.D.J.

<sup>36</sup> CAMMAROTA, A., *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, To. I pág. 102, No. 82, Buenos Aires, Argentina: Depalma;

<sup>37</sup> GHERSI, C. A. (2002), *Daño moral y psicológico*, (2<sup>a</sup>.Ed., pág. 128 No. 26.), Buenos Aires, Argentina: Astrea, Dice allí el autor: “...cabe la posibilidad de que, aun sin lágrimas o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, exista daño moral”.

el que sufren los derechos a la identidad, intimidad, salud, integridad física, equilibrio psico-físico, honor, etc.<sup>38</sup>

2. La naturaleza de los derechos afectados: Para otra concepción, con antecedentes importantes en el Derecho español, lo determinante para que un daño sea moral o material es la índole de los derechos afectados<sup>39</sup>; si el derecho afectado es extrapatrimonial, por ser un derecho personalísimo el daño es moral; en tanto, que si los derechos afectados son patrimoniales el daño es material. Esta postura se reflejó en el Despacho B de la Comisión VI de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, que sostuvo: “El daño moral es todo menoscabo referido a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> PARELLADA, Carlos A., (2006). El daño moral. La evolución del pensamiento en el Derecho Argentino. En G. M. Pérez Fuentes, & U. J. Tabasco (Ed.), “El daño moral en Iberoamérica”. Tabasco, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

<sup>39</sup> TRIGO REPRESAS, F.A., (1987), Derecho de las obligaciones, (3ª.Ed.,Tomo I, pág. 460, No. 302) La Plata, Buenos Aires, Argentina: Librería Editorial Platense; BREBBIA, R.( 1950). El daño moral, pág. 72 y sgtes. No. 23 y pág. 86, No. 30, Buenos Aires, Argentina: Ediciones .Bibliográfica Argentina; BUSTAMANTE ALSINA, J. “Teoría general de la responsabilidad civil”, pág. 145, No. 319, Bs.As., Abeledo Perrot, 1980, 3ª.Ed.; Cifuentes, S. (1974), Los derechos personalísimos, pág. 359, Buenos Aires-Córdoba, Lerner.

<sup>40</sup> Despacho B. 1.Noción de las conclusiones de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1984, suscripto por los Dres. Ruth Inés Díaz, Mónica Tomasini Renom, Lidia M.R. Garrido Cordobera, Enrique C. Banchio, Carlos Gustavo Vallespinos, José Fernando Márquez y Sara Laura Godoy. No obstante la diferente conceptualización, al referirse al criterio distintivo, estos autores sostuvieron: “La diferenciación entre daño moral y daño patrimonial, no reconoce su fundamento en la naturaleza de los derechos afectados por el hecho dañoso, sino por la esfera en que se manifiestan sus consecuencias.”

En esta concepción se habla de un daño moral ‘objetivable’ que es el que afecta la parte social y que generalmente, tiene repercusión patrimonial, y que no sería propiamente moral<sup>41</sup>, y otro, meramente, afectivo y propiamente moral, al que denominan ‘subjetivo’, como el dolor que experimenta un padre por la muerte de su hijo.

3. Daño moral por su repercusión: Otro criterio también esbozado en la doctrina nacional, no se detiene en la consideración de la índole de los derechos lesionados, sino en dónde repercuten las consecuencias de la lesión. Por ello, se la ha calificado como ‘la teoría de la repercusión’, ya que la pauta distintiva del daño material y moral, pasaría por el lugar que se producen sus consecuencias o efectos; si repercute en el patrimonio el daño es patrimonial, si repercute en el espíritu el daño es moral<sup>42</sup>. Así se ha dicho que “Daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extrapatrimonial”<sup>43</sup> o con una diferencia de óptica<sup>44</sup> que “es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba

---

<sup>41</sup> Ejemplifica Trigo Represas –recordando a Pérez Vives– el caso del médico menoscabado por el epitafio inscripto en una lápida: “aquí yace A.R. a quien remedios mal recetados le han abierto las puertas de la tumba”. Sobre las clases referidas en el texto aceptadas en la doctrina colombiana Martínez Rave, Gilberto “Responsabilidad civil extracontractual”, Sta.Fe de Bogotá, Temis, 1998, 10<sup>a</sup>.Ed., pág. 170, No. 2.

<sup>42</sup> ORGAZ, Alfredo (1980), El daño resarcible, (1era ed. p. 40 No. 6 y p. 223, No. 55, Córdoba, Argentina: Lerner.

<sup>43</sup> BUERES, Alberto J., Despacho A, ap. B de las conclusiones de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1984.

<sup>44</sup> Sobre tal diferencia véase el valioso Artículo “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general” ya citado. y la respuesta de Pizarro en “Daño moral. Prevención, reparación y punición”, Bs.As. Hammurabi, 1996, pág. 55, ap. b del No. 4.

antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>45</sup>.

Este criterio ha recibido críticas en cuanto si se lleva a sus últimas consecuencias excluye la reparabilidad del daño moral de las personas jurídicas y a los sujetos que carecen de conciencia, por su estado –minoridad o demencia- y que impide distinguirlo del daño psíquico<sup>46</sup>.

4. Según la naturaleza de los intereses afectados: Desde otro ángulo, y también, con antecedentes doctrinales franceses<sup>47</sup> e itálicos<sup>48</sup>, se sostiene que el daño moral es aquél que recae sobre intereses que no son de carácter patrimonial<sup>49</sup>. Sin embargo, sus sostenedores rechazan la idea de que la lesión a los derechos extrapatrimoniales lleve necesariamente al daño moral, mientras que el menoscabo a los bienes materiales determine daños morales, pues admiten que existen derechos que están doblemente presupuestados por intereses de uno u otro tipo. Por ejemplo, el derecho

---

<sup>45</sup> Despacho A, ap. A de las conclusiones de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1984, suscripto por los Dres. Jorge Mosset Iturraspe, Silvana Chiappero de Bas, Pizarro, Matilde Zavala de González, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz. Más tarde, esa conceptualización aparece con ligeras variantes en la obra del Dr. Ramón Daniel Pizarro, como sigue: “es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.

<sup>46</sup> TOBÍAS, J. W., “Hacia un planteo del concepto (o contenido) del daño moral”, (pág. 1227) Revista Jurídica, La Ley, T. 1993-E.

<sup>47</sup> MAZZEAUD, Henry y León y Jean (1969), Lecciones de Derecho Civil, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, (To. II-II, pág. 67, No. 417); Buenos Aires, Argentina: EJEA.

48] DE CUPIS, A., (1975), El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, trad. de Ángel Martínez Sarrión, (pág. 120, No. 10); Barcelona, España: Bosch.

a la integridad corporal reconoce tanto intereses patrimoniales como extrapatrimoniales, por lo que las lesiones pueden dar lugar tanto a la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, como a la reparación del daño moral.

Para esta concepción, se puede hablar de un daño moral directo, cuando la lesión se produce por el ataque a los derechos de la personalidad: la vida, la integridad corporal, la propia imagen, el honor, etc.; y de un daño moral indirecto, cuando la lesión a cualquier interés no patrimonial es consecuencia del ataque a un bien patrimonial del afectado, como ocurre cuando la víctima se ve privada de la disposición de su propiedad.

Señala Parellada, y adherimos, que tal diversidad de opiniones no tiene gran repercusión en las soluciones jurisprudenciales, y jueces que sustentan concepciones doctrinales diversas suelen coincidir, respecto de los supuestos en que existe daño moral resarcible, aunque hay discrepancias en casos marginales.<sup>50</sup>

De allí que se señale que aún no existe en Argentina una noción delineada y unívoca, por lo que a continuación, luego de haber agrupado las distintas formas de conceptualizar al daño moral repasaremos individualmente algunas definiciones de doctrinarios argentinos, siguiendo los lineamientos expuestos por el Dr. Alferillo<sup>51</sup> en uno de sus trabajos.

---

<sup>49</sup> ZANNONI, Eduardo A. (2005), *El daño en la responsabilidad civil*, (3ª.Ed.act. pág. 149-150, No. 46), Buenos Aires, Argentina: Astrea. En la concepción del autor citado, en el daño moral se resarce el ataque mismo a un atributo de la personalidad, sin que resulte de relevancia en qué medida, pues cualquier ataque afecta la intangibilidad; a diferencia de lo que sucede en el daño material en el cual lo resarcible son las consecuencias provocadas, o sea, los medios económicos de los que ha sido privado o lo que ha dejado de obtener.

<sup>50</sup> PARELLADA, Carlos A., (2006). *El daño moral. La evolución del pensamiento en el Derecho Argentino*. En G. M. Pérez Fuentes, & U. J. Tabasco (Ed.), "El daño moral en Iberoamérica". Tabasco, México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

<sup>51</sup> En un trabajo inédito, cedido por gentileza del autor.

Como punto de partida podemos citar a Bustamante Alsina quién explica “si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto”. En función de ello, “el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales.”<sup>52</sup>

Por su parte, Bueres en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) ya citadas, suscribió que “daño moral es el menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza “extrapatrimonial”. Dicho interés tiene un contenido puramente espiritual (sufrimiento, dolor, aflicción, angustia, desánimo, desesperación, pérdida de la satisfacción de vivir, etc.). El llamado “daño moral objetivable” —o perjuicio que incide en la parte social del patrimonio— queda fuera del significado en análisis”.

En la misma dirección Stiglitz - Echevesti aseveran que “la noción general de daño implica la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción.”<sup>53</sup> A partir de ello, daño material es el que se ocasiona al patrimonio de la víctima, como conjunto de valores económicos (art. 2312 Cód. Civil), siendo por tanto susceptible de apreciación pecuniaria<sup>54</sup> y “el daño moral o extrapatrimonial, es todo aquel

---

<sup>52</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., (1997), *Teoría General de la responsabilidad civil*, (Novena Edición Ampliada y actualizada, p. 239), Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot.

<sup>53</sup> STIGLITZ, G. y ECHEVESTI, C. A. (1993), *El daño resarcible*, en Alberto J. Bueres (Dir.) *Responsabilidad Civil- 9*, (primera reimpression, p. 211), Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

<sup>54</sup> STIGLITZ, Gabriel y ECHEVESTI, Carlos A., ob. cit., pág. 229, indican que quedan comprendidos tanto los supuestos de pérdida, destrucción o deterioro de bienes, como la realización de gastos o erogaciones, las ganancias frustradas como consecuencia de la disminución de capacidad para el trabajo. Asimismo, toda hipótesis de menoscabo de facultades o

que se manifiesta como alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, por una acción atribuible a otra”<sup>55</sup>.

A su vez, Mayo, con un criterio que puede ser calificado como amplísimo, entendía que el daño moral contiene al tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida enumerando en esta categorización al daño a la vida de relación, el daño psíquico, el estético, al perjuicio juvenil y al menoscabo sexual<sup>56</sup>.

Como se desprende, los autores citados han puesto énfasis en caracterizar el daño moral en función de la clase de interés lesionado o en el tipo de consecuencia producida. Es por ello que una de las mayores preocupaciones de Pizarro cuando procuraba definir el concepto de daño moral fue, justamente, precisar su esencia, cuando aseguraba que debía ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es.<sup>57</sup>

Para concretar ese propósito, Pizarro, dijo que “el daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”<sup>58</sup>.

---

aptitudes susceptibles de generar ventajas económicas (la vida, salud, integridad física y espiritual, etc.), e incluso, la afectación de ciertas relaciones o estados de hecho (clientelas, etc.), entre otros tantos ejemplos meramente enunciativos...

<sup>55</sup> STIGLITZ, Gabriel - ECHEVESTI, Carlos A., ob. cit., pág. 230.

<sup>56</sup> MAYO, J. A., (1999), “El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran.” *Revista de Derecho de Daño- Daño Moral*, (6), p. 179.

<sup>57</sup> PIZARRO, D. R. (2004). *Daño moral. Prevención. Reparación. Puni*ción (Segunda ed., p. 33). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

<sup>58</sup> PIZARRO, Daniel R, “Daño moral...”, cit., pág. 43.

La base de este concepto fue acuñado en la ponencia presentada por Zavala de González, en las “Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil - 1982” y sostenida, como conclusión junto a otros juristas, cuando dijeron que “A) Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”.<sup>59</sup>

La diferencia entre uno y otro, es que para Zavala de González es la consecuencia del hecho y para Pizarro es la consecuencia de la lesión a un interés no patrimonial.

Por otra parte Alferillo<sup>60</sup>, al que adherimos, parte de considerar que en el estado actual de evolución de la ciencia médica, en especial de la psiquiatría, la antropología, etc. y la influencia de la reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 que incorporó al máximo rango a los Derechos Humanos, se debe rescatar que el Hombre ocupa el centro de las preocupaciones del Derecho.

Teniendo en consideración el respeto que se le debe a la persona humana, no se puede asimilar el concepto de “daño moral” con el de “daño extrapatrimonial” sin llevar a cabo un examen pormenorizado del alcance de los conceptos teniendo en cuenta que la mayoría de estos autores son partidarios de separar entre el daño evento, biológico o naturalístico (como es indistintamente denominado) con el daño consecuencias.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Esta posición fue suscripta además por Jorge Mosset Iturraspe, Silvana Chiapero de Bas, Ramón D. Pizarro, Beatriz Junyent de Sandoval, Esteban Sandoval Luque y Gabriel Stiglitz.

<sup>60</sup> ALFERILLO, P. E. (2009). “El desvinculo del menoscabo psíquico del daño moral”. *Revista de Derecho de Daño* (3), 29.

<sup>61</sup> ORGAZ, A. (1992). *El daño resarcible*. (Primera ed, pp 200-201). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner. Desde otra óptica, Orgaz sostenía que el concepto especial de daño debía radicar sobre las consecuencias que es lo único que interesa a los fines del resarcimiento “no hay que porque atender sobre la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión”, en función

En ese sentido, si se acepta el criterio dejado por Mayo, se verifica que hace referencia a las hipótesis que deben ser incluidas dentro del daño naturalístico o evento, cuando realmente el daño moral propiamente dicho es siempre una consecuencia del menoscabo padecido por una persona en la integridad de su esfera psicosomática-social o en su esfera patrimonial.

Ahí radica, la clave de las observaciones críticas que se le pueden endilgar a quienes equiparan el daño moral al extrapatrimonial cuando se trata de analizar el tema en el marco del daño evento o naturalístico. Es decir, conjugando ambas clasificaciones para verificar si realmente son conciliables que como se observa no lo son pero ajustando algunos criterios pueden ser compatibilizadas.

Por esta razón resulta técnicamente idóneo hacer referencia al daño producido a la integridad psicosomática y social de una persona, y no a daño extrapatrimonial o moral que debe ser reservado para referenciar a una de las categorías que se pueden verificar dentro de las consecuencias. Ello queda evidenciado en la propia definición que da Pizarro cuando dice que el daño moral se produce a “consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial”.

Aclarado el ámbito de actuación del daño moral y su no equiparación conceptual con el daño extrapatrimonial sostenemos, que deben calificarse los detrimentos que puede padecer un sujeto, primero, en dos ámbitos: 1) el ocasionado a la integridad psicosomática y social de la persona y 2) el sufrido en su esfera patrimonial. Y, posteriormente, se puede verificar que en cada una de estas categorías, a su vez, pueden surgir consecuencias patrimoniales o morales.

Así tendríamos, el daño a la persona sobre la que pueden recaer los siguientes menoscabos: 1. A la integridad física (soma); 2. A la integridad psíquica (psique) dentro de la cual encontramos

---

de ello “cualquiera que sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial”.

al daño neuronal, psíquico y psicológico (el moral a pesar de ser un daño a la persona es siempre consecuencia); 3. A la integridad del bienestar social del sujeto, por ejemplo: honor, etc.

Por su parte, en el daño patrimonial encuentran cabida todos los menoscabos producidos a los bienes, cosas y derechos de esa índole que integran el patrimonio perteneciente a la víctima.

Hasta este punto no puede existir disidencia por cuanto la calificación es sobre la calidad del ente sobre el cual recae el menoscabo.

Ahora al indagar cual es el contenido del “daño consecuencia” o simplemente de la consecuencia del deterioro del derecho o interés vulnerado, se presentan algunas dudas al aplicarse la calificación bipolar sin explicación por cuanto entendemos que de un daño sobre un bien patrimonial pueden derivar consecuencias de la misma índole pero también morales (*pretium doloris*), como es en el caso de la rotura de un auto de colección, una pintura histórica de la familia, etc.

Pero, cual es la “consecuencia moral” de un daño a la integridad de la persona. En primer lugar, cuando la conducta o hecho dañador produce el menoscabo de la integridad física, psíquica o social de la misma puede generar como derivación, un perjuicio moral que consiste en una minoración de su bienestar psíquico que no llega a ser patológico.

Como se deduce, el menoscabo moral es siempre consecuencia que acaece sobre la integridad de la psique de la persona, razón por la cual en algunas hipótesis puede ser, como habíamos dicho antes, la resultante de un daño causado a la persona que se configura en la misma persona. Este es el caso de la rotura de la pierna de un sujeto (daño a la integridad física de la persona) que generar daño moral en la misma además de los daños patrimoniales.

En otras palabras, el menoscabo moral siempre es consecuencia de otro daño producido o, al contenido del patrimonio o, sobre la persona de la víctima que recae sobre la psique de la misma sin llegar a ser una enfermedad.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> BORDA, G. A. (2008). Tratado de Derecho Civil - Obligaciones (9na. Edición - Actualizado por Alejandro Borda ed., Vol. I, p.197). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: La Ley. Los autores diferencian

Como se deduce de la trascripción del pensamiento de los principales autores no existe acuerdo sobre la identidad ontológica del daño moral y que la misma sea absolutamente compatible con la calificación del daño resarcible. En ese sentido, Pizarro entiende que el daño resarcible es el “daño consecuencia” pero cuando define al daño moral por lo que es no puede prescindir del integrar en su concepto al daño naturalístico o evento, cuando dice que deriva de la lesión a un interés no patrimonial o es la consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial.

Es por ello que no compartimos el dogmatismo ni los estancos que se hacen de la clasificación entre daño naturalístico (no resarcible) y daño consecuencia (resarcible) pues entendemos que entre ambos existe una unidad jurídica conceptual sin cuya concurrencia, de modo alguno, se podría definir el contenido del daño moral. Por ello, Alferillo prefiere sostener y nosotros adherimos, que el daño moral es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico sin que ese estado negativo o disvalioso<sup>63</sup> sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica como consecuencia del menoscabo padecido en su integridad psicosomática –social o patrimonial.

Por otra parte, el maestro peruano Fernandez Sessarego, confirmando lo expuesto en los párrafos anteriores, sostiene que, de conformidad con recientes evidencias antropológico-filosóficas, no cabe designar, en forma genérica e imprecisa, como “daño

---

entre el puro daño moral de las consecuencias o incidencias económicas del agravio moral. Sobre el particular entendemos conforme los ejemplos que dan (daño en el rostro de una persona) que el puro daño moral es un estado disvalioso (sufrimiento, depresión) que sufre la persona en su psique sin ser patológico como consecuencia de que se le menoscabó, este caso, su integridad física. Es por ello que referimos que el daño moral es siempre consecuencia.

<sup>63</sup> Por nuestra parte, preferimos no usar el término disvalioso, toda vez que no está definido en el Diccionario de la Real Academia Española, sin perjuicio, reconocemos que tiene aceptación en la doctrina jurídica de nuestro país.

moral” a todo daño que no genere consecuencias patrimoniales. O, dicho en otros términos, no es coherente frente a las evidencias que poseemos en la actualidad, seguir utilizando la tradicional expresión de “daño moral” (*pretium doloris* – precio del dolor) para significar, aparte de la lesión a la esfera sentimental del sujeto (dolor, sufrimiento), un daño a cualquier otro estado psíquico o a la libertad constitutiva del ser humano. La expresión, aparte de inadecuada e imprecisa, no es comprensiva de otros daños que trascienden la mera esfera sentimental o afectiva del sujeto. Se hace, por ello, necesaria una decantación lingüístico-conceptual a fin de evitar imprecisiones generadoras de notorias confusiones que enturbian la clara concepción del daño a la persona. Cabe, por todo lo dicho, precisar que el impropriamente llamado “daño moral” es sólo uno de los tantos componentes del amplio espectro de lesiones que se engloban bajo el genérico concepto de “daño a la persona” carente de connotaciones patrimoniales.<sup>64</sup>

Como lo sostiene el autor italiano Bargagna<sup>65</sup> citado por Fernández Sessarego, al precisar los alcances conceptuales el daño moral, éste se manifiesta por “los estados de ánimo, de sufrimiento psíquico inducido a la víctima, con frecuencia de modo transitorio, por la ofensa recibida y por sus consecuencias”. Es decir, se contrae a la esfera de lo sentimental, de lo afectivo. De un aspecto, en síntesis, del psiquismo humano. Por ello, además de estar circunscrito a un específico sector de la personalidad, no tiene nada de “moral” sino que es una expresión del aparato psicológico del ser humano cuya lesión es tipificada por el derecho como daño a la persona.

---

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Precisiones preliminares sobre el daño a la persona, Recuperado al 11/02/2012 en <http://www.perso.naeddann.o.it/in dex.php ? Option = content & view = article& id=2452> 9

<sup>65</sup> BARGAGNA, Marino, “Rilievi critici e spunti ricostruttivi”, en “La valutazione del danno alla salute”, pág. 171., citado por Fernández Sessarego en “Precisiones preliminares sobre el daño a la persona”, n°75.

Aparte de las evidentes diferencias entre el daño moral y los otros tipos de daños a la persona que originan consecuencias extrapatrimoniales, cabe señalar una que, de modo elocuente, distingue específicamente al daño moral del daño a la persona. Nos referimos al hecho de la transitoriedad del daño llamado “moral” si se le compara con la permanencia en el tiempo, con un mayor o menor grado de intensidad, del daño psíquico o del daño al proyecto existencial. El dolor o el sufrimiento tienden a disiparse con el tiempo o a transformarse, paulatinamente, en otros sentimientos que los sustituyen en cierto momento de la vida.<sup>66</sup>

Luego de tan claros conceptos del daño moral, nos preguntamos ¿por qué hay tanta negación en la doctrina a admitir una nueva clasificación de daños?

Asimismo, entendemos que el daño estético presenta una ventaja respecto al *pretium doloris* con relación a las demás consecuencias no pecuniarias del daño corporal, el poder apreciarse directamente por el juzgador.

Además, el concepto de daño estético, en la evolución del derecho de daño, ha mutado de ser considerado como un menoscabo exclusivo de cierta parte de la sociedad que hace de la belleza su estilo de vida para dar paso a un concepto más amplio que en palabras de Mooney se debe entender que el país se compone de gente común, no de jóvenes galanes y de platinadas estrellas que tienen en su armonía estética una de sus armas en la lucha por la vida y en la vida de relación es su plenitud estética. A partir de ello, el menoscabo estético se puede presentar tanto en hombre o mujeres, ricos o humildes, etc.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, C, Precisiones preliminares sobre el daño a la Persona, recuperado el 11/02/2012 de <http://www.per.sona.edan.no.it/index>.

<sup>67</sup> Cámara Apelaciones Civil y Comercial Séptima Nominación de Córdoba, 08/05/2000, Sent. N° 34, “Iturri Luis F. c/ Alicia Roteda y otro – Daños y Perjuicios y sus Acum.: Ceballos Edgardo Gustavo c/ Alicia J. Roteda y otro – Daños y Perjuicios y Gómez Ana María c/ Alicia J. Roteda y otros – Daños y Perjuicios”. En este fallo, también se entendió que “una lesión estética es la pérdida de posibilidades económicas, sentimen-

Ello es así, porque el daño estético no es solo o simplemente un menoscabo físico, sino que la integridad del ser humano implica su identidad social donde se inserta el derecho a la integridad estética.

El criterio amplio ha sido bien expresado al fijar que “el concepto jurídico actual de lesión estética es mucho más amplio que el antiguo y común, ya que comprende no sólo la afectación de la belleza, armonía o perfección física, sino también la de su normalidad o regularidad, atributos que gozan de ordinario los seres humanos bellos o feos. De ello se sigue que se computa como perjuicio toda modificación exterior de la figura precedente o alteración del esquema corporal, aunque no sea desagradable o repulsiva”.<sup>68</sup>

Por nuestra parte sostenemos que en base a la legislación vigente, tratados internacionales, nuestra carta magna y las normas del Código Civil y Comercial, y los nuevos acontecimientos socio-culturales en los que se propugna la reparación a la integridad psicofísica y social de las personas, el daño estético es autónomo del daño moral y así debe ser reconocido.

---

tales, sociales y que hacen a la felicidad personal. Este es un daño cierto, presente, real y que da un “handicap” social a la vida. Es una desventaja notoria en la lucha por vivir. El daño estético es una zona específica propia, que debe ser receptada como daño propio, porque el derecho a la felicidad, el derecho a la armonía etc., son todas variantes fenoménicas donde aflora el primero de todos los derechos: “el derecho a la vida”. Por otro lado, la lesión corporal, hiere la armonía estética; lesiona el derecho a una armonía estética, ataca el derecho a un desarrollo pleno de la persona en sus ámbitos sentimentales, afectivos, culturales, económicos y sociales”. (Voto Money).

<sup>68</sup> Tercera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 24/02/1999, Expte.24450 “Cásale, Enrique c/ Díaz, Marcelo Gustavo y Empresa El Cacique Daños y Perjuicios, L. de S.084 - Fs.053.

## VI. Reflexiones finales

Con los cambios vertiginosos de las conductas humanas que se están dando en este siglo XXI, recordando al maestro Borda<sup>69</sup> que define al “Derecho como el conjunto de normas de conducta humana obligatorias y conformes con la justicia”, no nos podemos dar el lujo en seguir aferrados a un solo modo de ver los daños, debemos abrir nuestras mentes a nuevas posiciones, percibir el mensaje del ciudadano en su conjunto cuando solicita que se haga justicia, porque cuando la justicia es lenta, está deja de ser justicia, y regular las nuevas conductas humanas.

Por nuestra parte, entendemos que estamos frente a un cambio de visión del derecho en su conjunto, que pone énfasis en la protección de la persona y la clasificación de los daños no escapa a ello, por lo que siguiendo al maestro Fernández Sessarego se debe poner el eje divisor en la persona y no en el patrimonio como se ha venido haciendo hace casi dos siglos, así en cuestión de daños podemos hablar de daño a la persona en forma genérica y de ahí realizar la clasificación en daño patrimonial o daño extrapatrimonial.

La distinción entre daño patrimonial y daño extrapatrimonial pone en evidencia el predominante interés de la doctrina y la jurisprudencia de privilegiar el daño a las cosas exteriores al ser humano mismo. Es un explicable reflejo de la mentalidad patrimonialista predominante en el derecho. Consideramos, desde una perspectiva que centra el derecho en la persona, siguiendo al maestro peruano, que deberíamos más bien referirnos a daños personales, cuando el ente dañado es el ser humano, y daños extrapersonales cuantos los entes dañados son las cosas exteriores al hombre. El punto de referencia no puede seguir siendo el patrimonio. Es hora de cambiar de mentalidad y centrar el derecho, y su correspondiente lenguaje, en torno a la persona.

El derecho debe ser fiel expresión de la vida, de las escalas valorativas vigentes en la realidad en que se desenvuelve el hombre actual.

---

<sup>69</sup> BORDA, G. A. (1999). Tratado de Derecho Civil - Parte General, (8va. Ed.), Vol. I, p.17. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Entonces, no puede ignorarse, la alta significación que reviste la dimensión estética del cuerpo humano, expresiva de un valor de goce espiritual y que es también frecuente presupuesto, explícito o solapado, para la obtención de bienes económicos. La estructura somática de la persona es tanto cárcel de la propia individualidad como la necesaria plataforma a través de la cual el sujeto se proyecta hacia los demás. En la dialéctica, unidad inexorable entre materia y espíritu constituyen atributos deseables no sólo la salud, y la posibilidad de cumplir diversas funciones existenciales; también interesan la regularidad y armonía de la composición anatómica, la normalidad y gracia de la dinámica corporal.

La perfección física tiene, ciertamente, una gravitación personal y una trascendencia social. Su alteración repercute anímicamente y ejerce, además, una decidida influencia en diversos aspectos de la vida en relación (no únicamente en la productiva o laboral): antes de conocer cabalmente a una persona, la “vemos”, y esta visión no es sólo el punto de partida de todo acercamiento o rechazo más profundos, sino que consiste, ella misma, en el establecimiento de una relación interpersonal básica. La impresión estética que suscita un semejante no es en modo alguno irrelevante en la trabazón de los vínculos existenciales. La persona, necesita la confirmación de los demás, en cuanto a la propia identidad, la aceptación del resto de la sociedad. Una mujer no se siente hermosa, atractiva o irresistible, si no ha recibido miradas o palabras de admiración por parte de los que la rodean en una sociedad determinada.

La armonía corporal es un bien deseable socialmente, para la vida de relación, especialmente cuando el lucimiento del cuerpo resulta necesario o fundamental (practicar deportes, bañarse en lugares públicos, usar ropa liviana, etc.). Pero también es valiosa individualmente y en la relación de pareja, pues el cuerpo es fuente de satisfacción para el sujeto que en él vive y que a través de él se expresa, y correlativamente, de mortificación cuando su normalidad o su belleza se encuentran afectadas.

Admitir el resarcimiento del daño estético no importa, en consecuencia, una materialización del derecho, ni rendir tributo uni-

lateral a consideraciones hedonistas, sino un reconocimiento de la esencia totalizadora de la persona, como ser biosíquico además de espiritual, quien debe “con-vivir” con su cuerpo (tanto como vive “dentro” de él) a lo largo de toda su existencia. Aparece como digno objetivo la protección del hombre en la integridad de sus atributos, potencias y calidades vitales, computando como perjuicio indemnizable cualquier detrimento de su personalidad física o moral.<sup>70</sup>

Es necesario señalar que los daños estéticos sufridos por las víctimas, mayoritariamente no son reconocidos por la jurisprudencia nacional como autónomos e independientes del daño moral y a la vida de relación dentro del grupo de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, por lo tanto no son indemnizados y cuando excepcionalmente son reconocidos erróneamente se resarcen dentro del mismo rubro del daño moral, que es sinónimo de dolor, sufrimiento o tristeza, y no tiene nada que ver con la belleza o la armonía, la identidad social y la integridad física de la persona.

Haciendo un breve repaso lo que venimos desarrollando, debemos recordar que el daño estético podemos ubicarlo dentro de la clasificación clásica de daños como un tipo de daño o perjuicio inmaterial, específicamente un menoscabo a la identidad social de la persona con severa repercusión a la esfera psíquica del individuo, de naturaleza, consecuencias y estimación completamente diferentes del daño moral, del patrimonial y el daño de la vida en relación, por tanto cuando quiera que se presente procede su resarcimiento en forma autónoma de los otros perjuicios de ese tipo (inmateriales) hasta ahora reconocidos por una mínima parte de la jurisprudencia nacional como hemos visto en capítulos anteriores.

Por lo tanto, si frente al padecimiento de un daño corporal se reconoce solamente los perjuicios económicos y en ocasiones los relacionados con la aflicción, negando la existencia de los otros

---

<sup>70</sup> ZAVALA de GONZÁLEZ, M., (1988). “El daño estético”, Revista Jurídica Argentina La Ley -E, 945 – y en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo II, 01/01/2007, 1383.

(daño a la vida de relación, integridad corporal, daños estéticos, daños psíquicos) es desintegrar al ser humano y reducirlo brutalmente a la mera condición de animal corpóreo. Negar la existencia del reconocimiento, aceptación y querencia corporal como un proceso consustancial e inherente a la dignidad del ser humano es despojarlo de una de sus condiciones intrínsecas, su materialidad, su interioridad y su corporeidad.

Nadie puede refutar que una persona que ha sufrido una mutilación además de su integridad física ha visto lesionada su integridad psíquica, que no puede confundirse de forma alguna con el daño moral hoy reconocido, que solo resarce el dolor, la aflicción, la tristeza, la congoja en cuanto duelo afectivo por una pérdida, en cuanto estado anímico o emocional por un menoscabo, perjuicio externo al hecho dañoso (consecuencia), cuya naturaleza determina que disminuya su intensidad con el tiempo (duelo), y que no puede valorarse con criterios objetivos, absolutamente diferente y diferenciable del daño psíquico. En efecto, en ese orden de ideas quien ha perdido su integridad física además de esto ha visto vulnerado su integridad mental en el sentido que la autoimagen, la autoestima y los patrones de autovaloración estética productos de los procesos neuropsiquiátricos que confluyen a su formación, sufren un detrimento y perturbación permanente. Es un hecho médico incontrovertible y apenas natural que quien sufre la amputación de un brazo se recupere desde el punto de vista emocional y afectivo una vez superado el duelo, es además casi seguro que con un proceso de rehabilitación pueda alcanzar una vida productiva que le garantice su sostenibilidad y puede sin duda restablecer parcialmente su vida de relación, sin embargo es un hecho indubitable y perfectamente verificable que su integridad física jamás podrá ser restaurada y que sus procesos psíquicos de autorreconocimiento, autoaceptación, autoimagen, no pueden ignorar esta realidad, tampoco a los ojos de los demás esta situación podrá pasar desapercibida, por tanto el hecho mismo de la pérdida corporal es una situación permanente, que para siempre producirá un estado negativo de apariencia, de percepción, de valoración con los patrones socialmente aceptados por la cultura, es decir un

daño estético, independiente de sus efectos morales, económicos y en la vida de la relación. Una descripción de la anterior situación es que la persona ya rehabilitada laboralmente y superado el duelo inicial siempre será identificado como “el tuerto”, “el manco” o “el rengó”, “el cara cortada” y el mismo se reconocerá como una persona que le falta algo, es más la misma ley lo considerada una persona discapacitada.

Para clarificar la situación, vayamos al viejo adagio que un ejemplo vale más que mil palabras. El supuesto es el siguiente, tenemos dos personas de la misma edad, trabajan en la misma empresa y desempeñan igual oficio por lo que perciben igual salario, con similares costumbres sociales. Mientras se desplazan juntos en un auto fueron embestidos por un camión produciéndoles un trauma craneoencefálico. El individuo, que identificaremos como A, sufrió un hematoma cerebral severo en la base del cráneo específicamente en el área de la silla turca afectando el quiasma óptica y produciendo atrofia irreversible del nervio óptico derecho con la obvia consecuencia de ceguera total del ojo pero conservando el órgano de la visión (el globo ocular).

El otro individuo, que identificaremos como B, sufrió un trauma severo en cara con estallido de globo ocular derecho razón por lo cual es necesario practicarle una enucleación del ojo derecho.

Como vemos, ambos individuos quedaron ciegos del ojo derecho, ambos sufrieron una pérdida de la capacidad laboral similar en razón de esta situación, ambos sufrieron moralmente un duelo, un dolor, una congoja por la pérdida de la visión por el ojo derecho. Igualmente, ambos sufrieron daño a la vida de relación. Sin embargo, el individuo A, sin perjuicio que no puede ver por su ojo derecho lo conserva y el individuo B no solo no puede ver por el ojo derecho sino que no lo conserva, presenta la órbita vacía (la cuenca vacía). asumiendo que el costo de la atención y las incapacidades las haya asumido el causante del daño, podríamos afirmar que ambos individuos sufrieron similares perjuicios materiales (pérdida de capacidad laboral por ceguera de ojo derecho), también que ambos sufrieron similar daño moral, congoja por la pér-

dida de la visión del ojo derecho, se recuerda que el daño moral es el perjuicio o dolor moral que sufre una persona cuando sufre una pérdida, el cual es eminentemente temporal, es decir, mientras se rehabilita y compensa afectivamente, se adapta a su nueva situación y se apega nuevamente a la vida. Igual podría decirse de los daños a la vida de relación. Una vez indemnizados por estos perjuicios con iguales montos de dinero no podría afirmarse que ambas personas han sido plenamente resarcidas en sus perjuicios.

En efecto, ninguno de las dos personas puede ver por su ojo derecho, pero el individuo A conserva el globo ocular, no ve nada por él pero lo tiene, de otro lado el individuo B, tampoco ve nada pero además perdió el ojo y presenta una órbita vacía. Entendemos que ningún individuo de la especie humana, en su sano juicio, si tuviera que optar por alguna de las dos situaciones, escogería la situación del individuo B, ello por cuanto la ausencia del globo ocular es una mutilación de la integridad física y social que necesariamente deviene en un daño estético. Evidentemente la persona que sufrió la enucleación tuvo un daño a la integridad física-social y probablemente psíquica, mientras que el otro individuo solo sufrió un daño funcional, pero conservó la integridad del órgano. Sin duda en este ejemplo el daño estético es muy evidente.

En consecuencia, el daño estético se puede concretar como una lesión a la integridad social del individuo que le genera un sin valor de apariencia, una valoración negativa con su situación previa. Casi siempre el daño estético trae aparejado un daño psíquico, además del daño moral, esto es, la autoestima, la autoimagen, interrupción de patrones de valoración, que la mayor parte de las veces se manifiesta como una depresión mayor o menor, un estrés post-traumático, un estado de ansiedad generalizada, ideas suicidas, minusvalía psíquica, son todos estados patológicos que con frecuencia proceden al daño estético.

Por nuestra parte, definimos al daño estético como: “Todo menoscabo o lesión a la integridad social del individuo (a la armonía corporal o a la apariencia que provoca una alteración del aspecto habitual de la persona) que le genera un sin valor de apariencia, una valoración negativa con su situación previa.”

En relación a los criterios de valoración del daño estético, sin hesitación alguna, es imprescindible recurrir a la ayuda de las ciencias médicas.

En este sentido, el autor español José Alberto Andrío<sup>71</sup>, sostiene que, la valoración del daño estético, consiste en evaluar la disminución de atracción de la víctima por la deformidad que sufre, sin considerar las demás repercusiones que este daño pueda tener. Desde una perspectiva estrictamente jurídica las cicatrices se consideran como un daño autónomo que pueden comprender tanto daños materiales como morales.

Justamente desde el punto de vista de las ciencias médicas, existen tres métodos:

El Descriptivo, consiste en la exposición minuciosa de las alteraciones, tanto estáticas como dinámicas, que provocan la pérdida de atracción del lesionado.

El Cualitativo, utiliza escalas calificativas, que son tablas que constan de una serie gradual de calificativos.

Y el Cuantitativo, consiste en expresar por medio de un porcentaje el déficit del individuo, de que la integridad de la persona se corresponde con el 100%.

En definitiva, para la valoración del daño estético entendemos que el juez debe recurrir necesariamente al informe pericial del cuerpo de médicos forenses. En este sentido, resulta de gran utilidad, los excelentes trabajos sobre las escalas valorativas del daño estético que se encuentran publicadas en la web de la Asociación de Médicos Forenses de la República Argentina, <http://www.amfra.org.ar/vertrabajoc2.asp>.

En síntesis, diremos, el daño estético es un daño autónomo, diferente al daño moral y al daño a la vida de relación, generado por una lesión a la integridad social de un individuo que le produce una valoración negativa de la apariencia frente a los demás en relación a su estado previo. Responde al derecho que todos tenemos a conservar indemne nuestra apariencia, nuestra imagen frente a los demás, no depende de los patrones culturales de be-

---

<sup>71</sup> ANDRÍO, J. A., ¿Cómo se valora el Daño Estético?, recuperado el 26 de febrero de 2013, de <http://www.aa-ndem-ni-za-ciones.com.es>

lleza predominantes en un momento histórico, tampoco depende de la edad, el sexo o la raza, debe ser reconocido y resarcido por los jueces en forma independiente de los otros daños inmateriales en proporción a la gravedad del daño según el arbitrio judge.

Conseguir el reconocimiento del Daño Estético por parte de todos los actores en los procesos de responsabilidad es un imperativo que nos acercará un poco más a la deseada reparación integral en pro del beneficio de las víctimas, de la justicia y la equidad social.

Por otra parte, obsérvese que si la persona que tiene una prótesis para reemplazar el brazo o el ojo perdido llegará a sufrir un daño en ella (la prótesis) por culpa de un tercero, éste deberá repararlo pagándole su valor, ¿por qué entonces el que daña el ojo o el brazo natural a pesar de causar su amputación no se le obliga a pagarlo? y solo debe responder por sus consecuencias económicas. ¿A qué tipo de lógica responde el considerar antiético pagar un brazo o un ojo, pero no la prótesis que lo reemplaza?

Ni la vida humana ni parte alguna del cuerpo humano puede ser reemplazado por dinero, en eso coincidimos todos, sin embargo, a la hora de reparar un daño no existe en nuestra sociedad otro sistema que puede fungir o funcionar como resarcitorio, pues es bien cierto que el nuestro es un sistema capitalista y la asignación de un valor económico es la única forma que poseemos para tratar de aproximarnos a la indemnización de los daños.

Gracias por haber dedicado parte de su tiempo a la lectura del presente trabajo.

Dios los Bendiga.

**Nociones generales sobre los tipos de publicidad  
y su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación**

AB. ÉRICA VON ZEDTWITZ



## I. Introducción. Nociones generales

En la actualidad, las nuevas tecnologías llevan a la sociedad a pasar la mayor parte del tiempo en contacto con los diferentes medios de comunicación como la televisión, radio, Internet, entre otros; y en consecuencia se encuentra expuesto continuamente a anuncios publicitarios de distinta índole. Esto conlleva indefectiblemente a estimular continuamente el consumo masivo e inconsciente de muchos consumidores.

Mucho se ha escrito sobre la publicidad y su influencia en los consumidores, por lo que el propósito de este trabajo es abordar el tema de las distintas clases de publicidad y la importancia y mayor protección que le ha otorgado al consumidor el reciente Código Civil y Comercial, con motivo justamente de esta influencia masiva y fundamental a la que se encuentran expuestos los consumidores.

Respecto al concepto de publicidad, es importante señalar que ni la Ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor LDC-) ni el Código Civil y Comercial (CCYC) proporcionan alguna definición al respecto.

Ahora bien, la ley 26.522 (Ley de servicios audiovisuales) la define en su art. 4° de la siguiente manera:

“Publicidad: Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”.

También en el Art. 2.a de la Directiva Comunitaria Europea 2006/114/CE del 12/12/2006, define publicidad, de modo general, como:

“Toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”

En cuanto a los tipos de publicidad, el CCYCN los describe en su art. 1101 determinado qué publicidad se encuentra prohibida. Distinguiendo las siguientes tres categorías: engañosa, comparativa y abusiva. Además, concede acción a los consumidores afectados por dichos tipos de publicidad.

Por lo que a continuación se analizará cada tipo antes mencionado sobre la base de la doctrina desarrollada del Código Civil y Comercial y en la Ley de Defensa del Consumidor.

## **II. Los distintos tipos de publicidad prohibida regulados en el art. 1101 del C.C.C.N. Publicidad Engañosa**

El art. 1101 del C.C.C.N. en su parte pertinente dispone: Publicidad: Está prohibida toda publicidad que: a).-contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio. ....”

La Ley 24.240 en este punto se refiere a los efectos de la publicidad.

Por su parte el art. 9° de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial, que forma parte del microsistema protectorio del consumidor se refiere específicamente a la publicidad engañosa al decir:

“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”.

Se vislumbra claramente que el Código, a diferencia del art. 9° de la ley 22.802, restringe el concepto de publicidad engañosa limitándolo cuando el error recaiga sobre elementos esenciales del producto o servicio, resultando la determinación de lo esencial en muchas ocasiones muy complejo.

Ahora bien, de la lectura de ambas normas surge que las mismas ponen el acento en la aptitud de la publicidad de inducir a error, engañar o confundir al destinatario de la publicidad. Esta aptitud no requiere ser voluntaria, es decir, aunque no exista intención de engañar ni, aunque en definitiva el consumidor incurra en engaño.

Hay que tener en cuenta que este concepto que vemos en la norma sufrió algunas mutaciones en nuestro país. Así, en un recordado fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) expresaba que: “No bastaba cualquier error, engaño o confusión sino que esos trastornos, probados en la capacidad subjetiva de apreciación del consumidor, debían causar un yerro grave, siendo necesario, por lo tanto, determinar, en cada caso concreto, la incidencia que pudo haber tenido el error, engaño o confusión provocados en real apreciación y juicio del consumidor acerca de la sustancia y de las características principales del producto.”<sup>1</sup>

En la actualidad se ha ampliado el margen de apreciación respecto a qué puede ser considerado como publicidad engañosa. En este sentido debe tenerse en cuenta que influirán también las condiciones personales de cada consumidor frente a la apreciación de la publicidad de que se trate. No será lo mismo una publicidad sobre un remedio con propiedades mágicas para curar alguna dolencia observada por un consumidor que padece una enfermedad, que vista por el que no la padece.

Recorriendo un poco el derecho comparado, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, establece que “es engañosa cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, lo que incluye la omisión, capaz de inducir en error al consumidor respecto de la naturaleza, características, cualidades, cantidades, propiedades, origen, precio

---

<sup>1</sup> CSJN, 25/3/1982, “Massalin & Celasco, S. A.”, Fallos: 304:400.

o cualquier otro dato sobre productos o servicios” (artículo 37 ap. 1°). Recientemente, se dictó una sentencia que puede resultar útil a los fines de comprender cabalmente las consecuencias derivadas de cuándo una publicidad puede inducir a error: una firma que explota una cadena de supermercados fue multada por infracción al artículo 9 de la Ley de Lealtad Comercial con fundamento en que en un aviso publicitario ofreció un descuento por el pago con determinados medios que se aplicaba a “todos los productos”, mientras que en el pie de página figuraban, en letra de tamaño visiblemente menor, determinadas mercancías y marcas excluidas, lo cual redujo la posibilidad de comprensión inmediata de la oferta por parte de potenciales consumidores. Con motivo de lo expresado, el conflicto fue sometido a decisión de la Cámara nacional Federal, Contencioso administrativa, quien sostuvo que la exclusión de productos determinados debió ser enunciada en el aviso publicitario de forma tal que el consumidor hubiera quedado debidamente informado acerca de las condiciones de la oferta, por lo que es razonable lo sostenido por la autoridad administrativa en el sentido de que el aviso cuestionado se prestaba a error o engaño en la medida en que esa publicidad se había expresado que el descuento se aplicaría sobre “todos los productos”, mientras que las excepciones o salvedades se introdujeron en una nota al pie de página y en letra de menor tamaño<sup>2</sup>.

Explica Kemelmajer de Carlucci que “determinar si una publicidad es o no engañosa, es una cuestión fáctica que depende de las circunstancias del caso. Y que a tales fines deberán tenerse en cuenta los siguientes puntos: la capacidad intelectual de los consumidores a los que está destinada la publicidad; hacer prevalecer la significación que a la expresión publicitaria le otorgan los destinatarios y no quien la ideó; regirse por el principio de indivisi-

---

<sup>2</sup> CNFederal, Contencioso administrativo, sala V, 6/5/2014, “Coto Centro Integral de Comercialización c/DNCI-DISP 72/13”, La Ley, ejemplar del 19/6/2014; On line, AR/JUR/20674/2014. Citado por Stiglitz, Rubén S. “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 103.-

bilidad del anuncio; presumir que es potencialmente engañoso el mensaje que tiene varios significados”<sup>3</sup>

En general y teniendo en cuenta las normas mencionadas podemos decir que “toda publicidad que sea falsa o que de alguna manera sea susceptible de confundir al consumidor acerca de los alcances de su contratación es potencialmente perjudicial. Y ese perjuicio no sólo puede afectar a los propios consumidores sino también a los demás competidores. De allí que, desde hace tiempo ya, existe una tendencia en los Estados a elaborar normas tendientes a controlar la publicidad, pues toda publicidad engañosa es vista como particularmente dañosa, en términos de distorsionar la decisión de los consumidores, causando resultados no queridos, y también en términos del detrimento a comerciantes honestos decepcionados”<sup>4</sup>

Asimismo, estos resultados no queridos repercuten en la fase precontractual de la relación entre el consumidor y el oferente, generando la responsabilidad de este último y frustrando las tratativas.

El II Congreso Argentino de Derecho del Consumo efectuado en Rosario, en mayo de 1994, asentó algunos conceptos interesantes en relación concreta a la publicidad engañosa. En la ponencia de Sandra Frustagli y Ariel Ariza, destacan: “que la publicidad engañosa, además de estar prohibida por la Ley de Lealtad Comercial 22802, configura un supuesto de violación al deber de información, correspondiéndole al consumidor el derecho de plantear la nulidad total o parcial del acto (art. 37 ley 24240), no siendo necesario para ello que se configure vicio del consentimiento (punto 2). También afirman que “cuando medió publicidad engañosa, el

---

<sup>3</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Publicidad y consumidores”, Revista de Derecho Privado y Comunitario n. 5 “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 90).

<sup>4</sup> Harland, David, “Control de la publicidad. Una visión comparativa”, traducción de Rosana Stiglitz, en Stiglitz, Gabriel (dir.), “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 133.

juez debe integrar el contrato reconociendo como contenido aquello que razonablemente debía esperarse del producto o servicio en condiciones normales (punto 3)”

Es importante destacar las conclusiones a las que se han arribado en el IV Congreso Internacional de Derecho de Daños “1) - La publicidad comercial irregular, tanto la engañosa como la abusiva, es susceptible de afectar derechos del consumidor reconocidos por la Constitución Nacional; entre otros, el derecho a la información adecuada y veraz, a salud y seguridad, a la protección de los intereses económicos, a la libertad de elección, al trato digno y no discriminatorio (arts. 42 y 43 CN.). 2) - A los fines de calificar a la publicidad comercial como contraria al ordenamiento jurídico, nuestro derecho positivo establece reglas generales específicas: a) El deber de adecuación y veracidad (art. 42 CN. y art. 4 L.D.C.). b) La prohibición del engaño, ya sea en términos positivos (inexactitudes) o negativos (ocultamientos) (art. 9 ley 22802). Sin perjuicio de ello, existen reglas específicas sobre determinados productos (medicamentos, alimentos, tabaco, etc.) y servicios (AFJP, “audiotextos”, etc.). 3) - La publicidad irregular, en cuanto sea causa adecuada de daños al consumidor, genera el deber de reparar, tanto en el ámbito contractual, precontractual o aquiliano, según los casos. 4) - La falsa representación inducida por la publicidad engañosa es causal de nulidad del contrato por vicios de la voluntad del consumidor (error, dolo). 5) - Las precisiones publicitarias integran el contenido contractual (art. 8 L.D.C.), aun en los casos en que la publicidad en sí misma no constituya jurídicamente oferta (por ejemplo, por falta de completitud) en los términos del art. 7 L.D.C. En consecuencia, el incumplimiento de las precisiones publicitarias genera responsabilidad civil contractual. 6) - En el supuesto de que exista divergencia entre los términos de la publicidad y los estipulados posteriormente, prevalecerán aquellos que resulten más favorables al consumidor (arts. 3 y 37 L.D.C.). Asimismo, es nula la cláusula por la cual se pretenda liberar al anunciante del cumplimiento de las precisiones formuladas en la publicidad. 7) - Las vías procesales de los arts. 43 CN. y 52 L.D.C. son procedentes a los efectos de la prevención, cesación

y rectificación de la publicidad que afecte los derechos de los consumidores.”<sup>5</sup>

En sintonía con lo hasta el momento expresado, la doctrina también entiende que “Quien confía en una empresa, en una determinada situación, producción y/o comercialización de bienes y servicios lo hace porque espera que ella se comporte en forma predecible conforme a las expectativas que ella misma generó como antecedente, verbigracia, por la publicidad masiva. Generar confianza entonces implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro, vgr., la eficiencia y seguridad del bien o servicio; es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo.... Pero en esta etapa de hipercompetitividad la publicidad suele traspasar los límites que marca la ética, ya que con el fin de promover el máximo consumo, el mensaje publicitario es desnaturalizado, ocultándose información, acudiéndose al engaño, y apelando a herramientas y técnicas subliminales que manipulan al consumidor modelando sus hábitos con la finalidad de lograr la colocación del “objeto publicitado”. Las informaciones suministradas por los proveedores, vendedores, o las contenidas en los mensajes publicitarios crean en el receptor legítimas expectativas porque ha creído en la veracidad de esa información, y compromete y vincula a quien lo emite en esa misma medida. La omisión o tergiversación de datos relevantes implica la ruptura del valor confiabilidad, defrauda la expectativa de que la prestación se cumplirá del modo prometido o sugerido, de igual manera en que lo hace una publicidad engañosa, deficiente, incompleta o ambigua. El art. 8 LDC.. por ello integra la publicidad al contrato, lo que hace es conferir implícitamente una tutela a la confianza, que determina la exigibilidad obligacional de las expectativas económicas jurídicamente razonables suscitadas por la pu-

---

<sup>5</sup> (Comisión 1: Disertante - presentador: Gabriel Stiglitz, Presidente: Marta Aguilar, Secretario: Roberto Muguillo, Coordinador: Diego Zentner, Ponentes: Dres. Juanes, Negritto, Barroetaveña, Richeni, Sozzo, Gianfelici, Lovece, Benítez, Wisniak, Acevedo, Zentner.); “IV Congreso internacional de derecho de daños: conclusiones”, JA 1995-III-997).

blicidad en el consumidor. Su incumplimiento afecta la indemnidad patrimonial, porque quien apuesta a una marca o a una publicidad con determinados atributos, invierte en confianza, es decir, paga un plus por tales calidades ofrecidas y no satisfechas, implicando un desplazamiento económico que no tiene su adecuado correlato en la prestación de la empresa. Dicha normativa establece que sólo las precisiones formuladas en la publicidad integran la oferta del contrato, pero la publicidad, como medio de comunicación, siempre algo expresa o sugiere, aun fuera de las precisiones, generando en el receptor determinadas representaciones mentales, que conforman, como lo señala la doctrina alemana, el marco funcional del contrato.<sup>6</sup>

En otras palabras el art. 8 LCD al igual que la norma del art. 1103 del C.C y C al determinar que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato, otorga una protección al consumidor en virtud que las precisiones que sean descriptas en la publicidad son incorporadas como fuente integradora del contrato y el adquirente podrá exigir todo cuanto se haya ofrecido respecto del bien o servicio adquirido.

La protección brindada por la norma es una clara expresión del principio de buena fe, que logra proteger las razonables expectativas generadas en los potenciales adquirentes.

Además, la estrecha relación que existe entre el derecho de información y la publicidad en el sentido de la veracidad que debe contener la información que se publica, se ha plasmado en numerosos fallos judiciales que han amparado al consumidor de estos abusos originados a través de la publicidad engañosa. A modo de ejemplo La 4° Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza condenó al Instituto De Capacitación Laboral ProForm en cuanto violó los deberes de información y veracidad, a través de la publicidad engañosa que indujo a error a la actora. En el caso la accionante había tomado conocimiento de un curso dictado por el

---

<sup>6</sup> (Weingarten, Celia “El valor económico de la confianza para empresas y consumidores”, JA 2000-III-1221).

Instituto demandado, a través de una publicación del diario Los Andes, donde se promocionaba que el mismo era avalado por la Dirección General de Escuelas, lo cual no era veraz. Así la Cámara determinó: "El contenido del anuncio publicitario está incluido en el contrato, por ende, la demandada debía cumplir con la obligación asumida, dictar un curso con el aval de la DGE, tal cual lo ofertó, pero ello no fue así ya que no estaba habilitada para su dictado, es claro que el curso ofrecido, tal como se transcribe en el anuncio, no es el efectivamente impartido, uno dice estar avalado por la DGE y el otro que no, por más que la recurrente se esfuerce en leer otra cosa. El obrar de la demandada demuestra mala fe y que ha violado el deber de información expresamente consagrado en la ley de defensa del consumidor..."<sup>7</sup>

Podemos concluir que si bien existe una estrecha relación entre la información y la publicidad que reciben los consumidores, ambos conceptos no deben confundirse entre sí ya que puede existir publicidad lícita sin ningún contenido informativo, lo cual no invalida la misma; ahora bien, cuando la publicidad contiene información, ésta debe ser veraz y el anunciante debe cumplir con todo aquello que le exige la norma.

#### *Publicidad Comparativa:*

El art.1101 del C.C.C.N en la parte pertinente dispone: Publicidad: Está prohibida toda publicidad que: ... b). efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor. ..."

La LCD no regula este tipo de publicidad.

Se advierte de la lectura del artículo que nuevamente pone el acento en el error que puede ocasionar este tipo de publicidad en el consumidor, aunque la norma es bastante escueta, resultando más difícil reputar ilícita a la publicidad así dispuesta.

---

<sup>7</sup> Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza, Autos N° 85.677 – 36.492 caratulados "DE LUCA LETICIA MARIANA C/ INSTITUTO DE CAPACITACIÓN LABORAL PROFORM P/ D. Y P.

En cambio la Directiva Comunitaria Europea 2006/114/CE, describe en un sentido mucho más amplio a la publicidad comparativa y agrega requisitos que la misma debe tener para que no sea prohibida.

Así considera a la publicidad comparativa como a “toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor” y luego agrega que ella está permitida siempre y cuando se cumpla lo siguiente: 1).- Que no sea engañosa. 2). Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o que tengan la misma finalidad. 3). Que se trate de una comparación objetiva de una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que puede incluirse el precio. 4). Que no desacredite ni denigre marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de un competidor. 5). Que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación. 6). Que no obtenga ventajas indebidas de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de un competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores. Este requisito referido a la no obtención de ventaja indebida de la reputación de un signo distintivo ajeno, prohíbe de facto la publicidad comparativa cuando quien compara es una marca desconocida en el mercado sobre otro producto que goza de notoriedad o renombre, si en el mismo mercado existen otras marcas asentadas que al menos en la característica o características comparadas presenten inferioridad con respecto a la comparación del anunciante. 7). Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos. 8). Que no genere confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Carlos Javier González, Régimen Jurídico de la Publicidad Comparativa y nuevos planteamientos en el Anteproyecto del Código Mercantil, Salamanca 2014.

Sin lugar a dudas la amplitud de la norma y los requisitos que establece pueden ser aplicados en muchos de los casos de publicidad comparativa en nuestro país.

En nuestro ordenamiento se la ha definido como aquella en la que el anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos.<sup>9</sup>

Debemos decir que la publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro derecho, en tanto como dice la norma, ésta comparación no haga incurrir a error al consumidor, amén de no ocasionar además conductas vedadas por la Ley de competencia desleal.

Con mayor precisión, cabe señalar que para que la publicidad comparativa sea legítima es preciso que su contenido sea objetivo; que la comparación lo sea entre elementos esenciales y verificables y, finalmente, que sea exacta. Si la publicidad comparativa, contraría los tres elementos que la componen, es ilícita. En efecto, la publicidad comparativa debe ser un medio real de información a los consumidores, quienes deben recibir con total objetividad las informaciones necesarias para realizar una libre elección entre dos o más productos<sup>10</sup>.

Dentro de las características que podemos mencionar para considerar que la publicidad comparativa es ilegítima se pueden sintetizar en los siguientes: (a) No puede extraer indebidamente provecho de la notoriedad adquirida por una marca de fábrica, de un nombre comercial o de signos distintivos de un competidor o de la indicación geográfica de un producto con el que compete. De modo tal, que el anunciante carece de derecho a expresar en la publicidad que sus productos son mejores o preferibles que los de la competencia cuando la marca de ésta es notoriamente conocida (b) La comparación de precios no entraña un descrédito para el

---

<sup>9</sup> Mercuriali y Giay, "Publicidad comparativa. Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad", *La Ley* 2/3/05, pág. 1 y sigs.

<sup>10</sup> RAYMOND GUY, "Droit de la consommation", Litec, París, 2011, n° 237, pág. 130.

competidor ni es motivo que la diferencia de precios entre los productos comparados sea superior a la diferencia de precios medios ni en razón del nombre de las comparaciones efectuada. (c) Debe ser leal, lo que significa que no debe inducir en error al consumidor y permitirle hacerse una opinión justa sobre precios y características de los productos que sea verificable. (d) Debe ser objetiva, en el sentido que la comparación debe recaer sobre las cualidades del producto y no someterlas a la apreciación subjetiva que implique la opinión de personalidades. (e) La comparación debe recaer sobre “características esenciales”, significativas y verificables. (f) Debe recaer sobre bienes o servicios que respondan a las mismas necesidades o tengan el mismo objetivo. (g) No presentar bienes o servicios como imitación o reproducción de un bien o servicio beneficiándose de una marca o nombre comercial protegido.<sup>11</sup>

En cuanto a los tipos de publicidad comparativa tenemos: Directa: compara un producto o servicio propio con un producto o servicio competidor, identificándolo expresamente (referencia explícita) o permitiendo que éste sea identificable (referencia implícita). Indirecta: efectúa la comparación con el resto de los competidores, sin referirse a ninguno en especial.

Ha de destacarse que el centro de la preocupación en este punto es el consumidor, para satisfacer el deber de información precontractual que puede perseguir la publicidad, admitiéndose la comparación publicitaria de productos en la medida que el confronte se refiera a productos o servicios confrontados que cubran la misma necesidad, cotejados en forma objetiva y desde el punto de vista de esa necesidad, entendiéndose que beneficia al consumidor escoger entre distintas alternativas y gozar de información veraz, permaneciendo en la ilicitud todo aspecto negativo de la comparación que no esté justificada por parámetros ciertos<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Stiglitz, Rubén S. “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 103. Cita Online: AR/DOC/3842/2014

<sup>12</sup> Santarelli Fulvio Germán: “Bases para la admisión de la publicidad comparativa” Publicado en: RCyS 2005, 487.

Fuera de esto, se estima que la publicidad comparativa cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos es una forma lícita de informar a los consumidores de las bondades del comparador respecto al comparado.

En síntesis, por ser contrarias a los usos comerciales honestos, violatorias de los derechos de los competidores comparados, devienen ilícitas las siguientes publicidades comparativas: a).- Denigratorias: Es aquella publicidad que compara la marca propia con la del competidor para menospreciarla o denostarla. b).- Engañosa: Es aquella que por falsedad, inexactitud o ambigüedad induce o puede inducir a error a sus destinatarios. c).- Inexacta: Es la comparación que emplea pautas incompletas o no aplicables al producto o servicio de un tercero que se utiliza para realizar la comparación. Podemos mencionar también la que utiliza en forma denigrante la parodia, la que exagera desmesuradamente y la que compara productos absolutamente diferentes.<sup>13</sup>

#### *Publicidad abusiva:*

El art.1101 del C.C.C.N en la parte pertinente dispone: Publicidad: Está prohibida toda publicidad que: ... c). sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.”

Nótese que para este tipo de publicidad el Código lo regula en forma más amplia, y es seguramente la práctica más común en estos momentos.

Se observa que la norma recepta la denominada “publicidad abusiva” que hasta el momento estaba regulada en la ley 26.522 de medios audiovisuales, que en su art. 81 dispone: “Los licenciarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual podrán emitir publicidad conforme a las siguientes previsiones:... h) la publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra explotando su inexperiencia e incredulidad; ... i) Los avisos

---

<sup>13</sup> Tambussi Carlos E. “La publicidad prohibida en el nuevo Código. Publicado en: LA LEY 28/07/2015, 28/07/2015, 1 - LA LEY2015-D, 769. Cita Online: AR/DOC/2036/2015

publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes.

Actualmente con la recepción por el nuevo Código no hay dudas que abarca la publicidad emitida por cualquier medio y no solo por los medios regulados en dicha Ley.

La doctrina nacional y comparada es pacífica en definir a la publicidad abusiva como aquella que atenta contra la dignidad de las personas, incita a la violencia, vulnera los valores sociales y los derechos constitucionalmente reconocidos, desprecia valores ambientales, o es discriminatoria en razón del sexo, edad, religión, o raza. Es por ello, que hasta el momento se debía recurrir a normas de carácter general para contrarrestar este tipo de publicidad como por ejemplo el derogado art. 1071 del Código de Vélez o el art. 8 bis de la LDC. Ello ahora se supera y tenemos una norma expresa que prohíbe este tipo de publicidad.<sup>14</sup>

El Código brasileño de Defensa del Consumidor, en cambio, sí regula desde hace tiempo este supuesto dando algunos ejemplos. Así expresa que será tal la de carácter discriminatorio (de cualquier naturaleza), la que incite a la violencia, la que explote el miedo o la superstición, la que se aproveche del razonamiento o experiencia de los niños, la que infrinja valores ambientales o aquella que induzca a los consumidores a comportarse de una manera que resulte peligrosa o perjudicial para su vida o su salud (art. 37.2, CDC).

El enunciado es meramente indicativo y se añade que la publicidad discriminatoria del ser humano puede hallarse referida a la raza, al sexo, a la preferencia o inclinación sexual, a la condición social, a la nacionalidad, a la profesión y a las convicciones religiosas o políticas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Paula Arias, Regulación de la publicidad comercial en el C.C.C.N, Diario Consumidores y usuarios, N° 80. 28/06/2016.

<sup>15</sup> Benjamín Antonio, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, *Fo-  
rense Universitaria*, 1991, pág. 147.

Otro aspecto interesante referido a este tipo de publicidad fue dispuesto en la reunión de Rosario de mayo de 1994. En el punto 3º de la conclusión respectiva se sostuvo que ella “es la que atenta contra la dignidad de la persona, o vulnera los valores o derechos resultantes, explícita o implícitamente, de la Constitución. En ese ámbito, debe ser considerada en especial la situación del designado como consumidor particularmente débil”<sup>16</sup>.

Al respecto sostienen Mosset Iturraspe y Lorenzetti que uno de los principios básicos de toda publicidad es el de orden público, toda vez que el interés general está comprometido en su vigencia y eficacia; debiendo descartarse la publicidad abusiva, que atenta contra la igualdad democrática, promueve la discriminación o desconoce los derechos del niño, la mujer, la ancianidad; compromete la privacidad de las personas o atenta contra el medio ambiente, etcétera.

En definitiva, tanto la publicidad engañosa, cuanto la publicidad abusiva, que acabamos de analizar, importan una violación al deber que pesa sobre los proveedores de cosas y de servicios de informar adecuadamente acerca de los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de tales bienes o servicios. De esta manera, en caso de ocasionarse daños a la salud o la seguridad de los consumidores o usuarios, por tal violación, surgirá el correspondiente deber de resarcir a los damnificados.<sup>17</sup>

### III. Conclusiones

Como se expresó en la introducción de este trabajo en los tiempos que corren la publicidad es una herramienta muy utilizada y que

---

<sup>16</sup> (Comisión 1: Disertante - presentador: Gabriel Stiglitz, Presidente: Marta Aguilar, Secretario: Roberto Muguillo, Coordinador: Diego Zentner, Ponentes: Dres. Juanes, Negritto, Barroetaveña, Richeni, Sozzo, Gianfelici, Lovece, Benítez, Wisniak, Acevedo, Zentner.); “IV Congreso internacional de derecho de daños: conclusiones”, JA 1995-III-997).

<sup>17</sup> (López Cabana, Roberto M. (dir.) - Alterini, Atilio A. (dir.), “LA RESPONSABILIDAD (HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR ISIDORO H. GOLDENBERG)”, LexisNexis - Abeledo-Perrot).

en la gran mayoría de los casos es la que induce al interesado al consumo.

No debemos perder de vista que la publicidad más que informar, busca muchas veces inducir la conducta del consumidor para lograr el fin propuesto por los proveedores de la misma. Dicho en otras palabras, el futuro consumidor que se aventura a realizar un contrato accede al mismo de la mano de intensas campañas publicitarias diseñadas justamente para captar su lado inconsciente, ya que el fin último de la publicidad es que adopte la conducta querida por el proveedor, aunque a veces sin intención de brindar información certera y confiable sobre el contrato.

Si bien el código toma principios ya contenidos en el Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, amplía y protege al consumidor sobre estos tipos de publicidad prohibida que sumada a las normas de la Constitución Nacional, a las leyes especiales y a los fallos de la Corte Interamericana de DD. HH. y la Corte Europea de DD.HH, crea un nuevo núcleo protectorio más amplio acorde con las necesidades de los nuevos tiempos.-

**Tensiones y desafíos de la Justicia de Familia en  
Mendoza. A la espera de una nueva ley de procedimientos**

DRA. MARIEL F. MOLINA DE JUAN

*La terminación del proceso en un plazo razonable  
es una manifestación concreta de  
la eficacia del servicio de justicia<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Augusto Morello ED 122-887.



## I. Una justicia especializada

La justicia de familia está constituida por un conjunto de órganos especializados, organizados para actuar frente a los conflictos familiares. Su misión fundamental consiste en ofrecer respuestas jurídicas oportunas y eficaces frente las demandas de alguno de los miembros de un grupo familiar, que sirvan para pacificar la crisis, acompañarlos en el tránsito por una etapa compleja de sus vidas<sup>2</sup> y, de algún modo, organizar sus conductas para restablecer el equilibrio perdido, o alcanzar uno nuevo.<sup>3</sup>

Se trata de un área sumamente sensible que requiere de jueces y funcionarios muy preparados, pues los litigios que deben resolver<sup>4</sup> involucran problemas humanos e íntimos, que trasuntan el fracaso de un proyecto personal o familiar, y que suelen desatar entre sus protagonistas grandes pasiones y enconos que trascienden el terreno de lo estrictamente jurídico, al menos en su acepción tradicional.<sup>5</sup> Muchos son los casos “difíciles o dilemáticos” en los que ninguna de las soluciones jurídicas posibles aparece como óptima (a veces, ni siquiera satisfactoria), por lo que deben contentarse con la respuesta que menos perjudique los intereses de las personas involucradas; más aún cuando se trata de sujetos en condición de vulnerabilidad (niños, adolescentes, personas con capacidad restringida o incapaz).

---

<sup>2</sup> Hace ya varios años Augusto Morello destacaba el rol de la justicia de familia como de una “justicia de acompañamiento” (Morello, Augusto La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia. JA 1986 II 305).

<sup>3</sup> Bertoldi de Fourcade, María V y Ferreyra de De la Rúa, Angelina; Régimen procesal del Fuero de Familia; Principios generales del proceso de familia y un análisis del sistema vigente en la provincia de Córdoba; Buenos Aires, Depalma, 1999 p. 1 / 2

<sup>4</sup> Sobre este tema puede consultarse Rauek de Yanzón, Inés, La capacitación de los jueces de familia y minoridad. Relato de una experiencia concreta, en Rev. de Derecho procesal 2002-2-13.

<sup>5</sup> Ampliar en Berizonce, Roberto, Derecho Procesal Civil actual, Platense, La Plata, 1999, p. 544.

En este contexto, las soluciones basadas exclusivamente en la ley suelen ser insuficientes. Por eso cobra protagonismo la intervención de los equipos integrados por profesionales especializados, que posibilitan un abordaje interdisciplinario en busca de la mejor articulación posible entre las normas, la realidad social y los valores comprometidos.

Estas notas que cualifican el fuero requieren de funcionarios creativos y comprometidos, capaces de superar el tradicional modelo argumentativo de la subsunción mecánica de los hechos en la norma, y asumir, en su lugar, un rol proactivo de ponderación y balance de los derechos fundamentales en tensión entre los partícipes del litigio (art 3, 706, 709 del CCyC).<sup>6</sup>

## II. Un proceso judicial a la altura del conflicto familiar

Cuando los miembros de un grupo familiar recurren a la justicia de familia, el sistema debe poner a su disposición mecanismos que le permitan componer el conflicto de un modo bastante distinto al típico proceso civil; es claro que sus demandas o peticiones no pueden ni deben resolverse como una cuestión más de naturaleza patrimonial y que la tradicional antinomia “vencedor-vencido”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> En este sentido, la Corte Federal ha remarcado que “la misión específica de los tribunales de familia queda totalmente desvirtuada si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar” (CSN, 28/2005, JA 2005-IV-21, LL 2005-D-872 y ED 214-143.)

<sup>7</sup> Para explicarlo, Morello sostiene que las manifestaciones de los conflictos de familia, impactan en la médula de la concepción clásica -singular, de Ticio vs. Cayo- del proceso civil de sustancia patrimonial, lo que revierte en el objeto, contenido y proyección de tales litigios (conf. Morello, Augusto, Los procesos de familia, cuando se apaga la centuria, 1-feb-1998, MJ-DOC-695-AR | MJD695). Ver también Rossi, Julia, “El proceso de familia y sus principios” en Krasnow, Adriana (Dir.) Tratado de derecho de familia, La Ley, Buenos Aires, 2015, T I, p. 279

debe dejar lugar a otra forma de litigio específico, acorde a la problemática planteada.<sup>8</sup> Sobre todo, porque a diferencia de lo que sucede en aquellas contiendas, durante el trámite judicial, y aún después de la sentencia, las partes se mantienen vinculadas por lazos familiares que les imponen responsabilidades recíprocas o comunes, especialmente cuando hay hijos menores de edad.<sup>9</sup>

Los principios y reglas del derecho familiar justifican la existencia de un sistema procesal diferenciado. De ahí que desde hace algún tiempo, el derecho procesal de familia viene cobrando entidad como rama autónoma,<sup>10</sup> cuyo objeto no es otro que el diseño, estudio, implementación y aplicación de los principios y las normas que regulan los procedimientos instrumentados por la justicia de familia.<sup>11</sup>

No hay duda que el modelo contencioso clásico se aparta del propósito buscado; lejos de disminuir la contienda, la potencia y todos se perjudican: los tribunales, porque se multiplican las causas en forma exponencial; las partes, porque quedan envueltas en trámites interminables, con un alto costo emocional y, eventual-

---

<sup>8</sup> Cecchini, Francisco, Principios procesales en proceso de familia en Peyrano (Dir) Principios Procesales, Santa Fe , Rubinzal Culzoni, 2011, T II, p. 381, Ferreyra de De la Rúa, Bertoldi de Fourcade y De los Santos, Comentario art. 705 en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras (Dir.) Tratado de derecho de Familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, t IV, p. 426.

<sup>9</sup> Turner Saelzer, Susan, Los tribunales de familia , en Ius et Praxis vol 8 N 2 Talca 2002, versión online [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718).

<sup>10</sup> Ferreyra de De la Rúa, Bertoldi de Fourcade y De los Santos, Comentario art. 705 en Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, (Dir), Tratado de derecho de Familia Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, t IV, p. 425.

<sup>11</sup> Enseña Kielmanovich que constituye una rama del derecho procesal que estudia los principios y normas que regulan los procedimientos extracontenciosos y contenciosos que tienen por objeto acordar eficacia a una relación o situación jurídica o resolver un conflicto fundado en el Derecho de Familia (Kielmanovich; Jorge, Derecho Procesal de Familia; 2º Ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 2).

mente, económico; los niños, porque suelen ser los rehenes de la lucha entre los adultos y quedan atrapados en espirales de violencia con sus manifestaciones más perversas; los operadores del derecho y los auxiliares de la justicia, porque sus tareas son cada vez más numerosas y complejas, sin que exista necesidad ni justificación para ello.

Además de engorrosos, estos trámites se pierden en el tiempo. Y esta no es una opción posible, pues cuando se trata de las personas más débiles de la relación familiar, un proceso judicial deficitario puede significar la extinción lisa y llana del derecho vulnerado en forma definitiva. En su lugar, el sistema procesal familiar tiene que proporcionar mecanismos ágiles que posibiliten un marco de contención técnico-jurídico y un conjunto de estrategias urgentes, anticipatorias o provisorias<sup>12</sup>, de modo de garantizar el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad, y la obtención de soluciones oportunas.

### III. El proceso de familia en Mendoza

En Mendoza, la organización primigenia de la justicia de familia se concretó mediante la Ley de Protección Integral del Niño y Adolescente (Ley 6354/1995). Esta norma creó el Fuero de Familia y Penal de Menores y diseñó un procedimiento especial para las cuestiones de familia y otro para el régimen penal de menores infractores. Fue una ley de avanzada que colocó a la provincia a la vanguardia, al recoger los principios de la Convención de los Derechos del Niño, y adecuarlos a las prácticas socio-jurídicas locales.

Actualmente se muestra insuficiente para hacer frente a la especificidad del fuero y responder a las necesidades de los justiciables.

Dos razones fundamentales tornan imperativa su reforma:

---

<sup>12</sup> Para profundizar, ver Morello, Augusto y Morello De Ramirez, María, *El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales*, ed. Plátense, La Plata, 2002, p. 169.

### *1. El Código Civil y Comercial*

La ley procesal local debe articularse con los importantes cambios en el derecho sustancial introducidos por el Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015.

Es que la reforma del Libro Segundo que regula las relaciones de familia ha sido contundente. Con visión pluralista e inclusiva incorpora nuevas instituciones y reacomoda otras, a fin de recoger los grandes cambios producidos en la sociedad contemporánea y proteger los derechos fundamentales de los integrantes de todas las familias.

A modo de ejemplo, puede pensarse en la supresión de las causales de divorcio. La recepción del divorcio sin expresión de causa, que permite poner fin al vínculo matrimonial por decisión unilateral o bilateral, requiere un diseño procedimental muy distinto al del viejo trámite contencioso. La filosofía que subyace a esta reforma es el respeto por la autonomía personal y la pacificación del conflicto. Se quiere sustraer a los niños de la crisis de los adultos porque, cuando esto sucede, los trámites y las decisiones judiciales se complican de manera inexplicable. Entonces, la ley procesal tiene que organizar un procedimiento acorde con esos objetivos; dar herramientas concretas para ayudar a resolver los efectos de la ruptura, y no dilatar su solución, ni perpetuar el litigio indagando sobre las causas del fracaso matrimonial.

Tampoco puede ignorarse la protección jurídica de las nuevas formas familiares (uniones convivenciales, familias ensambladas o monoparentales) ni los retos que imponen los derechos de la infancia y de las personas vulnerables. Mucho menos, el impacto de la ciencia y la tecnología a través de la procreación asistida y las reglas de la filiación o de los procesos judiciales previstos para garantizar el derecho a conocer, la participación del niño y adolescente (no solo mediante su derecho a ser oído, sino también a través del abogado patrocinante si cuenta con edad y grado de madurez suficiente).

Estas y otras innovaciones presionan al arsenal técnico procesal, obligándolo a brindar soluciones superadoras, con flexibili-

dad y aptitud de respuesta.<sup>13</sup> Modificaciones de semejante tenor tornan imperiosa la revisión del derecho adjetivo, para que éste sea un verdadero “instrumento” de vigencia de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

En verdad, muchos de estos nuevos derechos desbordan el actual sistema procesal mendocino y se encuentran en una suerte de limbo instrumental, sin que nadie sepa muy bien qué trámite corresponde aplicarles ni de qué modo se garantiza el derecho al debido proceso. La seguridad jurídica parece no existir y los operadores reclaman una urgente decisión sobre esta materia.

Por otra parte, la revolución normativa que produjo el CCyC es tal que también ingresa en el terreno procesal. El fenómeno no es nuevo; el Código Civil originario incorporó algunas normas procesales, que el nuevo texto profundiza mediante numerosas disposiciones procesales a lo largo de todo su articulado. Además, sistematiza aspectos generales en el Título VIII organizados en cuatro capítulos. El Capítulo 1º enuncia principios y reglas generales del proceso; el 2º se ocupa de las acciones de estado y sus caracteres; el 3º se dedica a las reglas de competencia, y el 4º a las medidas provisionales. Es el ejercicio de una facultad del Congreso federal, sin que ello importe invasión de prerrogativas provinciales<sup>14</sup>, tal como lo reconoce la antigua jurisprudencia de la Corte Federal, antes mencionada.

Esta previsión refleja el reconocimiento del fenómeno de constitucionalización del derecho procesal y de las garantías de la tutela judicial efectiva y los derechos de la familia y la infancia. Con ello fija pautas y criterios uniformes para los procedimientos

---

<sup>13</sup> Compulsar Morello, Augusto, Los procesos de familia, cuando se apaga la centuria, ED 178-1096 y 1-feb-1998, MJ-DOC-695-AR | MJD695.

<sup>14</sup> Rosales Cuello, Ramiro y Marino, Tomás, Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?, LL 2014-E-880, AR/DOC/3211/2014. En contra, González Da Silva, Gabriel, Inconstitucionalidad de las disposiciones procesales contenidas en el Proyecto de Código”, LA LEY 2013-C, 911, ROSSI, Julia, “El proceso de familia y sus principios” en Krasnow, Adriana (Dir.) Tratado de derecho de familia, La Ley, Buenos Aires, 2015, T I, p. 278.

aplicables a la atención judicial de la problemática familiar, a fin de facilitar el acceso a la justicia y evitar la incertidumbre y tratamiento dispar a los mismos problemas en las diferentes jurisdicciones.<sup>15</sup> No es más que una garantía mínima de tutela procesal diferenciada, que debe interpretarse como recaudo institucional indispensable para todos los estados locales, por debajo del cual no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos.<sup>16</sup>

De ahí la trascendencia de contar con un cuerpo procesal que concrete los derechos consagrados y ofrezca una suerte de “red de contención” para una justicia eficiente. Solo si se logra, podrá sostenerse que el conflicto familiar se resuelve en sintonía con el derecho sustancial.

## *2. Casi veinte años de experiencia de la Ley N° 6.354*

La segunda razón por la que urge que se sancione una ley procesal para la justicia de familia de Mendoza responde a la experiencia de poco menos de dos décadas, desde que se puso la piedra basal de este fuero especializado, que ya ha dejado de ser “principiante”.

Con solo transitar por los pasillos de los tribunales de familia de cualquier circunscripción de la provincia de Mendoza, se observa la insuficiencia del sistema procesal vigente.

Ni la especialización exigida ni las reglas del proceso se encuentran a la altura de las demandas que impone el conflicto familiar.

---

<sup>15</sup> Falcón, Enrique M. Los Procesos de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012 p. 417/418. Ferreyra de De la Rúa, Bertoldi de Fourcade y De los Santos, Comentario art. 705 en Kemelajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, (Dir), Tratado de derecho de Familia Rubinzal Culzoni, 2014, t. IV, p. 425.

<sup>16</sup> Rosales Cuello, Ramiro y Marino, Tomás, Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil? LL 2014-5-880, AR/DOC/3211/2014, Bertoldi de Fourcade, María, Procedimiento de familia y el proyecto de código unificado 27-nov-2012 Cita: MJ-DOC-6081-AR | MJJD6081.

Los factores son múltiples. Por un lado, significativos cambios estructurales y funcionales entre los cuales se enumeran: (i) La creación del sistema de protección integral (ley 26.061) que impone la articulación entre dos órbitas, las del poder administrador y las del poder judicial; (ii) la expansión de la competencia material de los tribunales; (iii) la descentralización operada con los juzgados de familia departamentales; (iv) la redefinición de la competencia territorial; (iv) las funciones asignadas a los jueces de paz; y (v) los enormes problemas que el abordaje de la violencia familiar expuso. Estas transformaciones sacan a la luz las deficiencias de un sistema pensado para otro tiempo, otra sociedad, otro contexto familiar, y otra ley fondal.

Por el otro, cuestiones por todos conocidas, como ser: (i) la lentitud de los procedimientos que se eternizan inexplicablemente; (ii) los conflictos de competencia que expresan la puja entre el principio del centro de vida, la conexidad y la perpetua jurisdicción; (iii) la sobrecarga de los tribunales por la multiplicación de las causas plagadas de incidencias; (iv) los infinitos períodos probatorios; y (v) la falta de reglas claras para un sinnúmero de pretensiones.

Todos estos argumentos ponen a la luz que el abordaje de los conflictos familiares en la justicia mendocina se encuentra en una situación muy crítica. Si se quiere concretar (o cuanto menos aproximarse) a ese ideal de justicia de protección, antes explicado, es imperiosa la sanción de un nuevo cuerpo normativo.

#### **IV. Una propuesta de reforma**

Durante los últimos años se han elaborado algunos proyectos de reforma. Unos más integrales, otros específicos de una determinada institución. El más reciente data del año 2016, y consiste en una propuesta de Ley para la Justicia de Familia y Violencia Familiar de Mendoza.

En primer lugar debe aclararse que - a diferencia de su versión anterior del año 2014- no se trata de un cuerpo totalmente autó-

nomo, sino de un conjunto normativo que complementa el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Mendoza.<sup>17</sup> Tal como expresa su art. 16, aquel código “es de aplicación supletoria en todo lo no reglado, siempre que sea compatible con los principios y reglas establecidos en este título”. Un dato relevante es que este Código también está siendo revisado y actualmente se encuentra en tratamiento legislativo un proyecto de reforma, que ha sido especialmente articulado con el Proyecto de ley para la justicia de Familia de Mendoza que aquí se comenta. De modo que si se sanciona aquel texto, sin tratar la ley especial para la justicia de familia, se produciría un vacío legislativo importante, y la situación del fuero sería aún más grave que la actual.

El articulado proyectado se organiza en cuatro grandes partes:

### *1. Una primera parte general*

En ella se delinearán las reglas generales del procedimiento, que comienzan por precisar su finalidad: “la efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial”, y definir las pautas de interpretación y aplicación: “en consonancia con la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Mendoza, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que la Nación sea parte, el Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación y los principios y reglas generales de los procesos enunciados en este Título.” (art. 1).

Garantiza el acceso a la justicia y la igualdad. El art. 3 indica que “Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas en situación de vulnerabilidad.” A las que define como “aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental,

---

<sup>17</sup> Aunque este proyecto ha tomado como fuente el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia elaborado por Kemelmajer de Carlucci, Herrera, De los Santos y Burundarena, la realidad normativa de la provincia de Mendoza aconsejaba recortar aquel cuerpo autónomo y articular en cuanto fuera posible, las normas locales con el Código Procesal Civil y Comercial.

o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Agrega que los jueces deben evitar que la desigualdad entre las personas por razones de vulnerabilidad afecte el desarrollo o resultado del proceso.

A su vez, el art. 10 recoge la gratuidad pues los procedimientos carentes de contenido económico están exentos del pago de cualquier tipo de tributo o carga. Para los demás procesos establece un mecanismo ágil y moderno que pretende evitar el desgaste que insume el viejo “beneficio de litigar sin gastos”: “quien alegue insuficiencia de bienes e ingresos debe presentar una declaración jurada por ante el funcionario que recibe demandas, que le informará sobre las consecuencias de la eventual falsedad. A ese fin, una copia de la declaración jurada será remitida a los organismos recaudadores, quienes deben actuar en los plazos y con las consecuencias administrativas, fiscales y procesales establecidas en el ordenamiento jurídico”.

En consonancia con el último párrafo del art. 706 CCyC que resalta: “La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas,” el art. 5 confiere a este principio el matiz de nítida garantía procesal.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> En el año 2013, el Comité de los Derechos del Niño ha elaborado la Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, con la que pretende arrojar más luz sobre este mandato. La Observación subraya que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. En tanto norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. La Observación agrega que

También recoge el postulado constitucional-convencional que respeta la autonomía progresiva de las personas para participar en el proceso (art. 7) y prevé especialmente el patrocinio letrado de niñas, niños y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente, si existe conflicto de intereses con sus representantes legales o si solicitan la designación de un abogado para que lo asistan en las peticiones que los afecten directamente (art 47). Se establece la creación de un registro local de abogados del Niño que se sujeta a una reglamentación especial (art. 50).

Esta justicia de acompañamiento, tal como ha sido pensada, se apoya en un juez especializado (art. 4), activo y presente (arts. 8 y 9), dado que los intereses comprometidos en estos litigios tornan imperioso el contacto directo con las personas que intervienen en el proceso. Con moderación, pero con oportuno activismo, el juez es una garantía contra las desigualdades reales.

Entre los deberes y atribuciones del juez, el proyecto enumera una serie de ítems acordes con los objetivos explicitados. Aunque algunos parezcan obvios, su incorporación se ha considerado relevante para evitar toda duda. En efecto, comienza mencionando el deber de resolver las causas dentro de los plazos fijados, de incentivar la resolución consensuada del proceso mediante el asesoramiento necesario, de aplicar la normativa procesal de manera proactiva, a fin de lograr la solución más justa y eficaz al conflicto que se le presenta, de dictar medidas de protección para evitar todo perjuicio a los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Como novedad normativa dispone que “Excepcionalmente, puede admitir pretensiones o disponer prestaciones relacionadas con el objeto de la pretensión y la causa de la petición, que no fueron inicialmente formuladas, siempre que los hechos que las originen se encuentren probados y que durante su incorporación al proceso haya mediado oportunidad de defensa”.

---

se debe explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Especial atención se ha puesto en su rol de director del proceso, debe prevenir y sancionar todo acto contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, sancionar el fraude procesal y disponer oficiosamente medidas de saneamiento para evitar la indefensión de las partes o subsanar nulidades.

También se expresa la contracara de la garantía constitucional–convencional del derecho constitucional a ser oído, ya que es el juez quien tiene que escuchar de manera directa a los niños, niñas y adolescentes, y a las personas con capacidad restringida involucradas, y valorar su opinión según su edad y grado de madurez.

Además, se han fijado deberes y atribuciones en materia probatoria, entre las que se incluye disponer de oficio, la utilización de los medios que considere eficaces.

Consideración especial merece la obligación de cumplir con el principio de inmediación, debiendo participar en todas las audiencias (que se registran mediante medios electrónicos o audiovisuales–art. 53–) y las sanciones que se imponen para el incumplimiento de esta manda.

Cuestión aparte es la reorganización de la estructura judicial que propone la diversificación de la competencia material de los jueces, distinguiendo entre los jueces de familia y los jueces de violencia familiar. Las tragedias que en los últimos tiempos sacudieron a la sociedad mendocina en su conjunto (con una serie inexplicable de femicidios) obligan a una profunda revisión de las viejas prácticas. Por eso se propone la creación de los juzgados especializados, abocados en exclusiva al tratamiento de este flagelo, que deben llevar adelante un procedimiento reglado de conformidad con la ley 26.485. De este modo se apuesta a que la mayor especificidad de todos los operadores de ese juzgado (jueces, secretarios, receptores, auxiliares) permita ajustar las respuestas a las demandas impostergables de aquellos que se encuentran inmersos en situaciones de violencia.

Por otra parte, ya en el terreno de la interdisciplina, el proyecto apuesta a la cooperación entre los diferentes actores porque existe plena conciencia de que, en el ámbito del Derecho de las Familias,

el saber basado exclusivamente en la ley es casi siempre insuficiente (art. 4). Asiste a la justicia de familia el cuerpo auxiliar interdisciplinario, que en el caso de los juzgados de violencia familiar adquiere el rango de “unidad interdisciplinaria especializada en violencia familiar, con perspectiva de género”. Esta unidad se compone por profesionales del área médica, de la psicología y del trabajo social, formados con perspectiva de género, que presta servicios con exclusividad a los jueces de violencia de modo de garantizar atención inmediata.

Correlativamente, en el entendimiento de que si no se incentiva la búsqueda de acuerdos frente al conflicto no habrá manera de superar la enorme litigiosidad que atenta contra la eficacia del fuero (art. 6), organiza múltiples instancias de autocomposición, sea ante el juez, o ante otros funcionarios. Uno de los ejes sobre los que gravita la propuesta consiste en el tránsito por una etapa previa judicial ante un funcionario especializado del juzgado, que pone en valor el “poder de decisión” o posibilidad de las partes de resolver sobre ciertos aspectos de la vida personal. Las transformaciones jurídicas, sociales y culturales nos han enseñado que este el modo de obtener la realización de los intereses familiares resulta ser uno de los más eficaces.

La creciente descentralización que se viene desarrollando en la provincia bajo la política judicial de acercar la justicia a la gente, atribuyó competencia en materia de familia a los Juzgados de paz departamentales. Esta línea se conserva, delimitando con claridad su alcance (dispensa de edad y autorización para contraer matrimonio, acciones de divorcio si se declara que no existen bienes, control de legalidad y dictado de medidas conexas en las causas originadas por aplicación de la Ley 26.061, causas originadas en situaciones de violencia familiar, acciones derivadas del ejercicio de la responsabilidad parental y guarda de personas menores de edad, y cuestiones derivadas de las uniones convivenciales si se declara que no existen bienes).

En cuanto a las reglas de competencia territorial, reglamenta el mandato del art. 716 del CCyC dando prioridad al centro de vida de las personas menores de edad, con capacidad restringida,

e incapaces. Se articula con la regla de conexidad: “el juez de familia que ha entendido en medidas urgentes, cautelares o no cautelares, preliminares, preparatorias y provisionales debe seguir interviniendo en los demás procesos conexos o que deriven del mismo conflicto familiar, excepto que haya tomado esas medidas sin ser competente, o exista disposición expresa en contrario”. También consagra la *perpetuatio jurisdictionis* pues, ante el juez de familia que intervino en primer lugar, tramitan todas las acciones referidas al grupo familiar implicado en el conflicto por el cual se abrió la jurisdicción. (art. 38)

En el ámbito probatorio, la flexibilización prevalece en la producción, gestión y evaluación de la prueba. Se admite la sustitución del testigo hasta la audiencia de prueba y se reemplaza la confesional por el interrogatorio libre de las partes.

Vinculado a las cargas probatorias, se acuerda un mayor rigor al principio de colaboración, de manera que la parte que cuente con posibilidades de conocimiento, especialización e información o que esté en mejores condiciones de suministrar los elementos de juicio conducentes, debe hacerlo, a riesgo de que su conducta, o el comportamiento evasivo o de omisión incida en el margen de discrecionalidad del juez. (art. 54).

En el convencimiento de que las soluciones justas requieren celeridad, se propone la reducción de los plazos, mayor agilidad en las notificaciones, sanciones y caducidades ante demoras injustificadas. Además, para superar las controversias que suscita la sintética normativa actual referida a los planteos recursivos, se organiza su implementación y se estipulan los distintos efectos de la interposición del recurso de apelación.

## *2. Las clases de procesos*

Antes de reglamentar los diferentes procedimientos aplicables, formula una instancia previa (que denomina etapa previa). Se trata de un procedimiento judicial y obligatorio de resolución consensuada de conflictos, en el que un funcionario especializado del juzgado, denominado consejero de familia, informa, orienta, acompaña y

asiste a las personas involucradas en un conflicto familiar para que arriben a un acuerdo justo, duradero y estable que evite procedimientos contenciosos, ponga fin a los ya iniciados, o disminuya los alcances de los ya iniciados (art. 74). Esta etapa rige para cualquier conflicto familiar que verse sobre materias que el ordenamiento jurídico reconoce que son de libre disponibilidad de las partes, o que pueden ser acordadas si son judicialmente homologadas.

En los procesos que no tengan asignado un trámite especial, se aplica el trámite del proceso ordinario por audiencias, aunque el juez, en atención a la mayor o menor complejidad de la cuestión, puede cambiar el tipo de proceso mediante resolución fundada.

Se trata de un procedimiento teñido de una fuerte oralidad; a partir del cierre de la etapa escrita de postulaciones estructura de dos audiencias centrales, que necesariamente deben ser presididas por el juez.

La primera (preliminar) con la que se pretende lograr la solución del conflicto planteado, o de cualquier otra cuestión conexas que las partes propongan, de común acuerdo, en esa audiencia. Para el caso de no ser posible, se buscará acordar sobre los aspectos “disponibles” del trámite procesal.

Su relevancia es tal que exige la comparecencia de las partes en forma personal, excepto que exista motivo fundado a criterio del juez. En la audiencia, el juez interroga informalmente a las partes sobre las circunstancias conducentes para la delimitación de las cuestiones en disputa, e invita a una conciliación total o parcial del conflicto.

Si no se llega a acuerdo, el juez fija el objeto del proceso y de la prueba y se pronuncia sobre los medios probatorios solicitados por las partes; también puede disponer prueba de oficio, subsana eventuales defectos u omisiones, con el objeto de evitar o sanear nulidades, decide sobre los hechos nuevos planteados y la prueba ofrecida para acreditarlos, ordena la producción y diligenciamiento de la prueba admitida y fija la fecha para la audiencia complementaria de prueba, teniendo en cuenta que ínterin debe producirse toda la que no puede realizarse en audiencia; dicta el auto por el que se resuelven las excepciones previas y, si corres-

ponde, declara que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho.

Como se observa, se trata de un acto procesal de fundamental importancia en el diseño proyectado, porque permite que las partes y el juez colaboren para ajustar la etapa probatoria de modo de evitar el desgaste jurisdiccional innecesario.

Si el conflicto no se compone, el proceso avanza hacia la audiencia de prueba. En esta instancia, una vez más, el juez intenta la conciliación o cualquier otro medio para arribar a un acuerdo; recibe la declaración de las partes, la de las personas con capacidad restringida y la de los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente, si correspondiese. Toma declaración a los testigos y requiere explicaciones a los peritos respecto de los dictámenes presentados (art. 99).

Para aquellos casos en que la justicia reclame una solución más ágil, aunque dentro del marco de los procesos de conocimiento, se prevé un proceso abreviado con plazos más cortos y trámite concentrado en una sola audiencia. Después de la contestación de la demanda, el juez se pronuncia sobre la prueba, fija la fecha de la audiencia y dispone que se produzca la que no puede ser recibida en esa audiencia, de modo tal que, a la fecha de aquélla, ésta se encuentre diligenciada.

Por último, si la solución no admite demora, se imponen las tutelas urgentes. El diseño respeta el principio de simplificación de los procesos cautelares y fija pautas para la adopción de medidas urgentes no cautelares. Las crisis familiares con dosis extremas de malos tratos, exigen fórmulas expeditas, que eviten el riesgo y el agravamiento de los perjuicios concretos o potenciales que de otro modo podrían ser irreparables. Con ellas se trata de brindar una respuesta jurisdiccional prudente, atenta, activa y oportuna. En casos de extrema urgencia, cuando existe prueba fehaciente y evidencia del derecho invocado, puede resolverse sin sustanciación (art. 106).

### 3. *Procesos especiales*

La tercera parte de la propuesta normativa organiza los procesos especiales. Esta incorporación aporta notable riqueza, porque fija con precisión las reglas aplicables a aquellas pretensiones que requieren una atención especial: declaración de restricción de capacidad, autorizaciones (para salir del país o mudar el domicilio, contraer matrimonio, disponer bienes), alimentos, divorcio, adopción, filiación, medidas de control de legalidad, restitución internacional de niños.

En el divorcio se elimina el trámite contencioso y se lo reemplaza por un procedimiento simple y breve, que se inicia con una petición (unilateral o conjunta), acompañada de una propuesta de regulación de sus consecuencias. El divorcio se resuelve rápidamente y, si no hay acuerdo sobre sus efectos (alimentos, cuidado de los hijos, división de bienes, etc.), la cuestión se tramita mediante otros procedimientos.

Uno de los grandes motivos de preocupación para todos los operadores es la tutela efectiva del derecho alimentario, derecho de fuerte dimensión social, porque los alimentos son “siempre urgentes”. Esta espinosa problemática se presenta diariamente en nuestros tribunales reclamando soluciones eficaces. De ahí la necesidad de algunas reglas especiales que comprenden: un trámite de alimentos provisionales, otro para los reclamos comunes y también para la ejecución de los alimentos impagos.

En materia de filiación, se sustituye el procedimiento ordinario por un conjunto de reglas breves y organiza la prueba más importante en estos juicios (ADN).

Para el iter adoptivo (declaración de situación de adoptabilidad, guarda preadoptiva y adopción) sigue de cerca las reglas del CCyC, que articula con los organismos de protección de derechos y procedimientos administrativos locales. La propuesta se enfoca especialmente en agilizar el proceso y delimitar las responsabilidades en la intervención de cada uno de los operadores.

Para la restitución internacional, incorpora un procedimiento enfocado en fijar reglas claras que eviten las consabidas dilaciones

que muchas veces terminan haciendo prevalecer la fuerza de los hechos por encima del derecho. Recoge la jurisprudencia de los superiores tribunales y los mandatos asumidos por compromisos internacionales.

#### *4. La parte cuarta: el difícil abordaje de la violencia familiar.*

A diferencia de varios proyectos anteriores, se organiza un procedimiento para el abordaje de la de violencia familiar, que debe ser implementado por los juzgados especializados en violencia familiar y todos aquellos a los cuales se les asigne competencia material para resolver estas cuestiones.

Este trámite tiene por fin instrumentalizar los mandatos de la ley 26485, superando las limitaciones del procedimiento creado por la ley 6672 y su vieja reglamentación a través de las acordadas de la Suprema Corte de Mendoza, que resultaban un conjunto normativo desarticulado e insuficiente.

Propone un procedimiento que garantice la protección urgente de la persona en situación de violencia, sin desconocer el derecho de defensa del presunto agresor y la necesidad de contar con variados mecanismos de control, seguimiento y sanciones. Todo ello con el fin de ofrecer una intervención oportuna, que permita un abordaje integral de esta problemática socio-familiar.

Además de las tradicionales medidas de la exclusión del agresor o la prohibición de acercamiento explicita un abanico de opciones, que van desde el sostén alimentario, la atribución de la vivienda, la comunicación con los hijos, hasta medidas más severas sobre el agresor.

## **V. Una reflexión final**

La justicia de familia mendocina necesita superar en forma urgente la anarquía procesal que existe en un sinnúmero de situaciones, con repercusión directa en los justiciables.

Este diseño normativo ha sido pensado teniendo en cuenta los tiempos, los costos, y sus efectos. Como no pretende ser una ley perfecta, prevé la constitución de una comisión de seguimiento que debe elaborar propuestas de revisión como mínimo cada tres años.

De cualquier modo, es sabido que una buena ley adjetiva es solo el punto de partida. Requiere, además, de buenas prácticas de todos los operadores, y de su real compromiso para poner en marcha las herramientas necesarias para dotar de eficacia los derechos de los niños, niñas, adolescentes y sus familias.

Si este proyecto se sanciona y sirve como elemento superador de la tragedia, que muchas veces, y como denuncia José Pablo Feinman, “no es la lucha de lo bueno contra lo malo o de lo justo contra lo injusto, sino la lucha de lo justo contra lo justo (...) o sea, el enfrentamiento de dos legalidades verdaderas”, la misión asumida empezará a cumplirse.



**La *relación de pareja* del inc. 1 del art. 80 del Código Penal  
no equivale a la *unión convivencial* civil, sino que la excede**

DR. RUBÉN E. FIGARI



## I. Introito

Es una verdad de Perogrullo la incidencia e interconexión de las diversas ramas del derecho entre sí, en algunas más, en otras menos, pero el hecho concreto es que se da.

En el Derecho Penal se acude imprescindiblemente al Derecho Constitucional en la mayoría de los casos en que se dirime un conflicto fundamental, pues nuestro Derecho Penal se sustenta en el andamiaje de la Constitución Nacional: principio de igualdad ante la ley (art. 16); principio de legalidad (art. 18); principio de exterioridad y lesividad (art. 19); privilegios parlamentarios (arts. 68, 69 y 70); juicio político (arts. 53, 59 y 60); extradición de criminales entre provincias (art. 8). La humanización del sistema penal con la prohibición de la pena de muerte por causas políticas y la de tormentos y azotes (art. 18); proscripción de confiscar bienes (art. 17); el sistema carcelario (art. 18). Extinción de la pretensión penal y de la pena al conceder al Congreso la potestad de otorgar amnistías generales (art. 79 inc. 20); la facultad del Presidente de indultar y conmutar penas por delitos sujetos a jurisdicción federal (art. 99 inc. 5º). Algunas definiciones de delitos como la reducción a esclavitud (art. 15); sedición (art. 22); declaración de guerras entre provincias (art. 127); concesión de facultades extraordinarias (art. 29) y traición (art. 119). Asimismo, es de vital trascendencia acudir a los Tratados Internacionales que han sido incorporados al plexo constitucional en virtud de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22) a los que se recurre constantemente para avalar tanto doctrina como jurisprudencia sobre una determinada materia.

En cuanto a la relación con el derecho privado, bien se sabe que el derecho penal es sancionatorio que pena hechos considerados antijurídicos por otras ramas del ordenamiento y excepcionalmente constitutivo, en el sentido de crear ilicitudes que no están previstas en aquéllas, reforzando con la sanción, que es la pena, la obligación que tienen todos los habitantes de ajustar su conducta a lo que disponen las leyes, sean estas de naturaleza civil, comercial, fiscal, laboral, etc.<sup>1</sup>

En el supuesto concretamente de su conexión con el Derecho Civil, los penalistas debemos recurrir con asiduidad, si bien a veces se transitan caminos no necesariamente antagónicos, sino de diferente enfoque, pues uno se trata de un derecho privado y el otro de uno público. Demás está decir, que no se puede considerar al Derecho Penal como un compartimiento estanco, de allí la necesidad de acudir no solamente a otras ramas, como se ha mencionado, sino también a otras ciencias como la Filosofía, la Historia del Derecho y últimamente en una gran medida a la Psicología. Es decir, que se podría afirmar que el Derecho Penal “precisa” indagar en determinadas oportunidades en las instituciones que se instrumentan en el ámbito del Derecho Civil y más concretamente en su código de fondo.

Pero cuando se habla de esa apelación a instituciones del Derecho Civil para esclarecer o complementar a veces conceptos complicados del Derecho Penal, la cuestión no es meramente académica, sino real y palpable.

A guisa de ejemplo se puede expresar que cuando en el homicidio (art. 79 C.P.) se habla de “dar muerte a otro” esta rama no define quién es el “otro”, desde luego que esencialmente se está hablando de un ser humano, de una persona, mas el significado de este último concepto se deberá buscar en el Derecho Civil – específicamente en el Código Civil y Comercial de la Nación –, aunque le pese a alguna doctrina que piensa lo contrario. De igual forma cuando se habla de las calificantes del homicidio en el art. 80 inc. 1º la acción de matar al ascendiente, descendiente, cónyuge, etc., la definición y el alcance de esos grados de parentesco de sangre y jurídicos, también se hace menester buscarlos en la ley sustantiva civil. Otro tanto ocurre en el tratamiento de los delitos contra la integridad sexual en cuanto a la determinación de las edades, tanto de los sujetos activos como pasivos; en las agravantes por ascendencia, descendencia, afín en línea recta, hermano, tutor, curador (art. 119 inc. b). En los delitos contra el estado civil. En los delitos contra la propiedad, por ejemplo en el supuesto de hurto (art. 162

---

<sup>1</sup> TERRAGNI Marco “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 7.

C.P.) y robo (art. 164 C.P.) cuando se habla del término “cosa mueble” totalmente o parcialmente ajena. En las estafas y otras defraudaciones (arts. 172 y sptes.). Y también en varios otros casos más, que sería un tanto tedioso enumerar.

Es más, a veces se producen cuestiones realmente dirimentes, pues directamente afectan a la existencia misma de uno de los elementos objetivos del delito o la existencia de la condición objetiva de punibilidad, según la óptica que se adopte. Tal es el caso que trae aparejada la circunstancia instaurada en el nuevo C.C. y C. con respecto al divorcio incausado, que por su regulación deja vacío de contenido el art. 138 punto 2 inc. d) del C.P. (según D.J.A) –“...En las mismas penas del inciso anterior incurrirán, en casos de sustracción a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aún sin mediar sentencia civil ...d) El cónyuge con respecto al otro no separado legalmente por su culpa...”– y consiguientemente también el art. 73 inc. 4 del C.P. Es decir, que a raíz de la modificación que el C.C. y C. conlleva en el marco del divorcio totalmente objetivo y sin expresión de causa –divorcio remedio–contrario al legislado anteriormente –divorcio sancionatorio– el delito tipificado penalmente en el mencionado artículo del Código Penal deja de ser tal<sup>2</sup>.

La cuestión podrá tener cabida desde otro perfil en el fuero civil para su reclamo fundándose en razones de solidaridad familiar como las situaciones expresamente consignadas en el art. 434 del C.C. y C., tal es: a) alimentos al cónyuge enfermo bajo determinadas circunstancias y b) alimentos al cónyuge en situación de vulnerabilidad. “Sólo estos supuestos se desprenden de manera directa del principio de solidaridad”<sup>3</sup>. Mas para el Derecho Penal, como se ha dicho, la conducta anteriormente punible, ahora resulta atípica.

---

<sup>2</sup> FIGARI Rubén “Insolvencias fraudulentas y fraudes entre cónyuges”, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2016, p. 271. En igual sentido DELLUTRI Rodrigo “Impacto del Código Civil y Comercial en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944)” en ALEGRÍA Héctor (director) “Revista Código Civil y Comercial”, año II n° 4, mayo 2016, Ed. La Ley, p. 265.

Ahora bien, hecho este introito, el aspecto nuclear a determinar en este aporte concierne a si la expresión “relación de pareja” contenida en la agravante del art. 80 inc. 1° del C.P. (texto según ley 26.791 – B.O. 14/12/12 –) se circunscribe exclusivamente a la nueva institución instrumentada en el C.C. y C. como “unión convivencial” o excede los contornos de la misma.

## II. Las “uniones convivenciales” como nuevo instituto en el C.C. y C.

Con la debida anuencia y disculpas de los civilistas, debido justamente a que no es mi especialidad, voy a adentrarme, por razones metodológicas, a lo que se ha entendido por “uniones convivenciales”, acudiendo para ello a la respetable y enjundiosa doctrina que se ha venido ocupando del tema.

Ya nadie duda a esta altura de los avances de nuestra civilización y que dadas diversas circunstancias de contenido económico, cultural, social, legal, ideológico, etc. y fundamentalmente la acogida del principio de la autonomía de la voluntad, el respeto a la privacidad y la tutela de los derechos fundamentales consagrados en el Derecho Humanitario –como dicen Lloveras-Orlandi-Faraoni<sup>4</sup>– dan lugar a la exigencia de una mirada más exhaustiva sobre las uniones convivenciales, coloquialmente conocidas como uniones de hecho. De allí que el nuevo Código Civil y Comercial incorpora en forma expresa su regulación pasando a integrar un grupo de países que también las contempla. Lo más interesante, desde mi punto de vista es que el nuevo ordenamiento civil define, con cierto grado de precisión, en qué consiste para el mismo esta

---

<sup>3</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI Aida-HERRERA Marisa-MOLINA de JUAN Mariel “La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando”, La Ley, 30 de mayo de 2016.

<sup>4</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián en KEMELMAJER de CARLUCCI Aida-HERRERA Marisa- LLOVERAS Nora (directoras) “Tratado de Derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014”, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 9.

institución (art. 509) y los derechos y obligaciones que la misma conlleva.

De manera tradicional la doctrina ha denominado a este tipo de uniones como concubinato de la voz latina “cumcubare” que se podría traducir en su expresión etimológica a una comunidad del hecho o también del término “cuncubinatus” proveniente del infinitivo “concumbere” que significa “dormir juntos”. No obstante, en forma adecuada se ha considerado que el concubinato no sólo comprendía una comunidad del hecho, sino también una comunidad de vida<sup>5</sup>. Estas denominaciones de origen romano, a través del tiempo gozaron de una aceptación popular, pero se advertía una cierta connotación peyorativa por lo que mutaron en denominarse “uniones maritales de hecho”, “matrimonio aparente”, “unión libre”, “unión de hecho marital”, “unión de hecho”, “unión extramatrimonial”, “parejas convivenciales”, “convivencias more uxorio” –personas que aunque no estén casadas, viven juntas–, “familia de hecho”, “familia natural” o “familia no matrimonial”<sup>6</sup>, hasta arribar a la presente denominación de “uniones convivenciales”.

Cabe mencionar que se han receptado en la legislación comparada cuatro tipos de regímenes que tienen como centro las uniones convivenciales: a) las legislaciones que asimilan estas uniones a la unión matrimonial otorgándole los mismos derechos. Existen varias legislaciones latinoamericanas que lo hacen –Brasil, Bolivia, Ecuador y Panamá–; b) las que no las asimilan al matrimonio en lo concerniente a sus efectos jurídicos, pero que les fijan determinados derechos –Alemania, España y Francia–; c) las que les otorgan efectos jurídicos previa inscripción en un registro especial y d) las que no otorgan efecto alguno a las uniones convivenciales, tal como era el caso de nuestro país antes de la reforma. A partir

---

<sup>5</sup> SOLARI Néstor “Liquidación de bienes en el concubinato” Ed. Ediciones Jurídicas, Buenos aires, 1999, p. 17 citado por BELLUSCIO Claudio “Uniones Convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial” Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2015 p. 17.

<sup>6</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. ps. 39/40).

de la misma se ha optado por otorgarles determinados efectos, que cumplan determinados requisitos, pero no todos los efectos civiles que se contempla para la unión matrimonial<sup>7</sup>.

La unión concubinaria ganó reconocimiento paulatino en algunos aspectos antes de la incorporación como un instituto en el actual C.C. y C.. En efecto, en el art. 3575 del anterior Código y en virtud de la reforma establecida por la ley 17.711, dejó a salvo la posibilidad de heredar de la persona que contrae nupcias en el supuesto de matrimonio in extremis, siempre que se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho –convivencia– anterior; o la presunción de paternidad, salvo prueba en contrario, del “concubino” de la mujer durante la época de la concepción prevista en el art. 257. La ley de Locaciones Urbanas 23.091 en su art. 9 permite que en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento pueda ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes “acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar”. El art. 248 de la ley 20.744 modificada por la ley 21.297, acuerda a la “concubina” el derecho a percibir indemnización por muerte si hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. La ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones 24.241, en el art. 53 incorpora a los convivientes como beneficiarios de la pensión siempre que “el o la causante se hallare separada de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes”<sup>8</sup>.

El art. 509, como ya se anticipó ut-supra, define concretamente lo que significa para el ordenamiento civil actual la unión

---

<sup>7</sup> BELLUSCIO Claudio (ob. cit. ps. 34/35).

<sup>8</sup> HERRERA Marisa en LORENZETTI Ricardo (director) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” t.III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015, ps. 283/284.

convivencial: “Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

En lo que a este trabajo concierne se puntualizarán los caracteres que determinan la conformación del mencionado instituto, las que se analizarán de yuso.

## *II. a) Convivencia y proyecto de vida en común*

De hecho si se está hablando de una unión convivencial se supone que ineludiblemente debe existir una convivencia, la cual no se trata sólo de vivir juntos bajo el mismo techo, cohabitar, sino que implica hacer una vida en común con el otro. Esa comunidad de vida se sustenta en una relación de afectividad y en la especulación encaminada a llevar adelante un proyecto de vida en común que vendría a ser el elemento estructural que brinda la connotación de organización familiar merecedora de protección con independencia de la existencia o no de hijos comunes. “Lo relevante es que la unión se configura para compartir un proyecto de vida en común, una comunidad existencial con pretensión de durar en el tiempo de tipo familiar”<sup>9</sup>. Esto lo distingue de otras relaciones no matrimoniales –por ejemplo, el noviazgo, la mera amistad, la pareja ocasional– que constituyen una simple relación afectiva circunstancial o pasajera<sup>10</sup>. Apuntala esta idea Herrera en el sentido que las uniones convivenciales al regular un proyecto de vida en común por parte de dos personas, se basan en el afecto de la pareja y no de un modo más general que involucre cualquier relación de afecto, lo que se conoce como “uniones asistenciales”, las cuales podrían ser integradas por dos hermanas, dos compañeros de estudios que comparten la vivienda y gastos mientras cursan los estudios universitarios, etc.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. ps. 50/52).

<sup>11</sup> HERRERA Marisa (ob. cit. p. 289). En igual sentido BELLUSCIO Claudio (ob. cit. p. 44). AZPIRI apunta que la terminología “relaciones afectivas”...

Para alguna doctrina la cohabitación se encuentra comprendida dentro de la comunidad de vida que debe existir entre los convivientes, representando aquélla el aspecto material de esta última, y la cohabitación presupone la existencia de relaciones sexuales entre los mismos, no obstante no hay norma legal que imponga a los convivientes la obligación de mantener relaciones sexuales, empecé a que ello emerge de modo subyacente por el hecho de la cohabitación<sup>12</sup>. Mas el hecho de la falta de relaciones sexuales no implica descartar la existencia de esa unión, tal es el caso que podría suceder en el supuesto de parejas de edad avanzada, que puede derivar en un afecto meramente platónico<sup>13</sup>. Lo paradigmático es que en la unión convivencial se requiere la convivencia tal como lo exigía el Código anterior para los cónyuges (art. 199) y esta exigencia ha sido suprimida en el nuevo ordenamiento civil.

## *II. b) Singularidad*

Otra de las características requeridas por esta institución y que se plasma en el art. 509 es la nota de singularidad como una de las características esenciales de este tipo familiar que se subordina a un modelo de organización fincado en la monogamia, concordante con nuestra tradición y valores culturales imperantes en la sociedad argentina actual. Por otra parte tal característica se vincula al requisito de eficacia previsto en el art. 510 inc. d) en la medida que exige a los convivientes no mantener vigente un matrimonio anterior, ni una relación convivencial simultánea.

---

tivas” puede llevar a confusiones, pues contempla un múltiple abanico de relaciones, por tanto interpreta que se debería haber utilizado la expresión “relaciones amorosas” que tiende más a identificar este tipo de uniones que legisla el nuevo código (Cfme. AZPIRI Jorge “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia” Ed. Hammurabi, 2015, p. 124).

<sup>12</sup> FERRER Francisco “Caracterización y régimen legal del concubinato” en “Revista de Jurisprudencia Provincial” Año 4 n°4 Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1994, p. 333.

<sup>13</sup> Idem (ob. cit. p. 334).

Se ha entendido que este elemento no desaparece por el hecho de que alguno de los convivientes mantenga una momentánea relación sexual con un tercero, como así tampoco, por el hecho de que la convivencia en un mismo inmueble se realice con otras personas –familiares, amigos, etc.– siempre que con ellas no se tenga una relación afectiva similar a la que conlleva la unión convivencial<sup>14</sup>.

No obstante lo dicho más arriba, Lloveras -Orlandi -Faraoni no descartan otra situaciones que puedan quebrar este principio aduciendo el constante cambio de dinámicas de las estructuras familiares que puede dar lugar a incorporar a la unión a más de dos personas que, unidas por el afecto –o como se los denomina “poliafectividad”– y demás requisitos necesarios, exijan el reconocimiento jurídico de ese vínculo. Citan al efecto un caso en Brasil donde un trío de amantes fue reconocido como unión civil<sup>15</sup>. Herrera también menciona supuestos excepcionales, invocando jurisprudencia nacional, pero relacionadas con cuestiones previsionales en el sentido de que se han tenido que dirimir situaciones que involucran a dos relaciones de pareja, en las que ambas demostraban los rasgos de notoriedad, publicidad, estabilidad y permanencia y en que también, cada una creía que era singular, pero al fallecer la persona, ambas convivientes alegaran tener derecho a pensión<sup>16</sup>.

Además, se introduce un concepto allegado a recientes expresiones sociales que lo ubican como una forma diversa de pareja estable denominada con las siglas LAT (living apart together) lo cual traducido significaría una vida en común de pareja pero sin cohabitación bajo el mismo techo<sup>17</sup>. Lo cual puede llegar a tener alguna connotación en la hipótesis que se ha planteado en este trabajo.

---

<sup>14</sup> BELLUSCIO Claudio (ob. cit. 39).

<sup>15</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. ps. 53/54).

<sup>16</sup> HERRERA Marisa (ob. cit. ps. 291/292) citando el fallo de la SCJBA, 18-3-2009 “G.M.F.c/ Provincia de Buenos Aires” L.L.B.A 2009 -387.

<sup>17</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. ps. 54/55).

## II. c) *Publicidad*

Una particularidad más de este instituto y que es mencionado expresamente por la ley es que la unión entre estas dos personas debe tener una exteriorización para toda la comunidad, lo que implica que no debe ser disimulada, ocultada, o de otro modo sustraída de la posibilidad de ser conocida por terceros. En definitiva, requiere un público conocimiento, o sea que sea notoria y responde, a la noción tradicional de la “apariencia de estado matrimonial”<sup>18</sup>.

## II. d) *Notoriedad*

Esta exigencia, también requerida por la norma, guarda relación con la anterior porque efectivamente la notoriedad es indisoluble a la circunstancia de resultar evidente e innegable, o sea pública y se infiere del conocimiento que se tiene o puede tenerse socialmente de la existencia de la unión y demostrativa de la misma. “La comunidad de hecho, de habitación y de vida entre los integrantes del concubinato, debe trascender de la esfera íntima y ser – por lo tanto – susceptible de conocimiento público, puesto que sin esta notoriedad mal podría hablarse de una apariencia de estado matrimonial”<sup>19</sup>.

## II. e) *Estabilidad*

Como su característica lo indica la unión convivencial o mejor dicho, la relación entre los convivientes debe revestir los perfiles de duradera, perdurable en el tiempo, lo contrario a una relación momentánea o accidental o casual, aunque entre las mismas pudiese darse la existencia de ciertos vínculos afectivos, como son por ejemplo los derivados del noviazgo<sup>20</sup>.

Si bien la estabilidad viene determinada por la fijación de un término de convivencia, vale destacar que ello está más asociado

---

<sup>18</sup> Idem (ob. cit. p. 55).

<sup>19</sup> SOLARI Néstor (ob. cit. p. 39).

<sup>20</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. p. 57).

con la voluntad de compartir un proyecto de vida que con el cumplimiento de un periodo de convivencia. El art. 510 inc. e) establece a los efectos jurídicos del reconocimiento de estas uniones que se mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años, ello, como lo apunta la norma es a proporcionar efectos jurídicos a la unión, mas no a determinar la estabilidad.

### *II. f) Permanencia*

Esto tiene íntima relación con lo anterior pues el dispositivo legal al hablar de “estabilidad y permanencia” prácticamente los usan como sinónimos, por lo tanto, son válidas las consideraciones que se han hecho en el tópico anterior.

### *II. g) Personas de idéntico o diferente sexo*

Esta es una de las facetas que expresamente contiene el último tramo del art. 509 similar a la recepción del matrimonio igualitario que ya había sido reconocido por la ley 26.618.

### *II. h) Otros requisitos*

Si bien no están contenidos en la definición que nos prodiga el art. 509, el siguiente determina, con fines al reconocimiento de los efectos jurídicos que prevé el presente título, que las uniones convivenciales también requieren de: a) que los dos integrantes sean mayores de edad; b) que no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo; c) que no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) que no tengan impedimentos de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea y e) que mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Estos son requisitos básicos que deben cumplir estas relaciones para que pueden ser consideradas “uniones convivenciales” a los fines de los derechos y deberes que regula el Título III. Sin em-

bargo, las relaciones de pareja que no cumplan con alguno o todos los requisitos mentados, no implica que no van a generar consecuencias jurídicas alguna, sino que no serán los expresamente regulados por este Título<sup>21</sup>.

En cuanto a la mayoría de edad, la exigencia equivale a la contenida en el art. 403 inc. f) del C.C. y C. en la medida que establece un impedimento dirimente para la celebración del matrimonio. Aunque en este caso se prevé en el art. 404<sup>22</sup> una dispensa judicial, cosa que no puede acontecer en las uniones convivenciales porque ésta se lo asocia con la existencia de una madurez psíquica y afectiva necesaria para la consolidación de una convivencia estable. Además, la mayoría de edad se exige para ambos convivientes<sup>23</sup>.

En los incs. b) y c) se consignan los impedimentos de parentesco tanto por consanguinidad como por afinidad, similares a los contenidos en el art. 403 incs. a), b) y c) para el matrimonio. Por lo tanto se descartan las denominadas “uniones asistenciales” a las que se han hecho referencia ut-supra, debido a que las uniones

---

<sup>21</sup> HERRERA Marisa (ob. cit. p. 296).

<sup>22</sup> Art. 404: “En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado. La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d)”.

<sup>23</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. p. 65); HERRERA Marisa (ob. cit. p. 297).

convivenciales se basan en el afecto de pareja excluyéndose todo otro vínculo de afecto. Cabe agregar que una de las diferencias entre el matrimonio y las uniones convivenciales se refiere a la falta de estado civil que genera la segunda. “De esta manera, la nómina del estado civil de soltero, casado, divorciado y viudo se mantiene intacta, el Código no introduce ninguna modificación. Como consecuencia de ello, el padre del conviviente no es el suegro, ni la madre la suegra o el conviviente de un hijo el yerno o nuera. Sucede que las uniones convivenciales no generan parentesco por afinidad y, por ende, tras la ruptura de la unión, una persona puede conformar una nueva unión convivencial con el padre o madre de su ex pareja conviviente, ya que al no haberse generado parentesco por afinidad alguna, no constituye un supuesto previsto como impedimento en los términos que establece la disposición en análisis”<sup>24</sup>.

El inc. d) postula como requisito que los convivientes no cuenten con un impedimento de ligamen ni de registración de otra convivencia de manera simultánea. La lógica de esta restricción, en cuanto al impedimento del ligamen, responde a una derivación del carácter monogámico –del cual también se hablara ut-supra– que se establece como principio del matrimonio (art. 403 inc. d)). Y el otro impedimento –ausencia de registración de una convivencia simultánea– responde a los mismos criterios anteriores que se funda en la necesidad de la protección legal de los efectos de los vínculos preexistentes registrados. Si bien, se debe tener en cuenta que el C.C. y C. viabiliza la posibilidad de la registración de las uniones convivenciales, no lo hace como requisito para su existencia legal, sino para facilitar su prueba y en algún caso, para la oponibilidad a los terceros<sup>25</sup>.

Finalmente, y a los fines metodológicos del presente trabajo, cabe consignar que el último inciso habla del período de convivencia, el cual no puede ser inferior a dos años, siempre se está hablando de la exigencia para que la unión produzca efectos y de-

---

<sup>24</sup> HERRERA Marisa (ob. cit. ps. 298/299).

<sup>25</sup> LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián (ob. cit. ps. 70/71).

rivarse de ella secuelas jurídicas o legales, aunque también se lo concibe con un hábito de solidez y constancia de unión –persistencia temporal– actuando como condicionante para otorgarle vigencia legal. Según Herrera el requisito un tanto rígido es el que permite evitar caer en un terreno de discrecionalidad judicial y en abstracto, a materializar los rasgos definitorios de publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia. Todas las legislaciones en el Derecho Comparado establecen un tiempo mínimo –tres, dos, uno años o cinco como la legislación uruguaya– y pone el ejemplo del precedente en esta materia a la ley 1004 de la CABA sancionada a fines de 2002 que crea la figura de la “unión civil” y establece uno de los requisitos es que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia común. El Código no habla de esto al considerar que los derechos y deberes que nacen por tener descendencia no deben mezclarse con aquellos que se derivan del vínculo afectivo<sup>26</sup>.

Como corolario de todo este relato parcializado –ya que a los fines del presente aporte no me resulta necesario indagar o inmiscuirme en las derivaciones que se detallan en los artículos posteriores que regulan otro tipo de situaciones, de importancia desde luego, pero sólo a los fines civiles– sobre el instituto en cuestión, concluyo en citar el art. 511 que en definitiva se resume en que las uniones convivenciales pueden registrarse, pero esta diligencia no constituye un requisito *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*.

### III. La visión desde el área penal

Habiendo efectuado las consideraciones anteriormente expuestas referentes a los requisitos que para la ley civil requieren las “uniones convivenciales” definidas en el art. 509 del Código pertinente, es momento para analizar el planteo al cual se dirige el trabajo. Esto es si el término “relación de pareja” contenido en la calificante del homicidio en el art. 80 inc. 1° del C.P (texto según ley 26.791) se asimila la institución civil de marras o si excede la misma.

---

<sup>26</sup> HERRERA Marisa (ob. cit. ps. 300/301).

El art. 80 inc. 1º del C.P establece: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1) A su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia”.

Tradicionalmente y conforme los antecedentes legislativos nacionales la agravante en el caso del parentesco sanguíneo o jurídico se circunscribía a la muerte del ascendiente, descendiente y cónyuge con el aditamento del “sabiendo que lo son”. Circunstancia esta última que fue eliminada.

Pero a partir de la ley 26.791 se incorporan otros sujetos pasivos como son los excónyuges y las personas con quien el sujeto activo mantiene o ha mantenido una relación de pareja, con independencia de que haya mediado convivencia o no.

Una situación semejante se advierte en el Código Penal español en el Título I “De la infracción penal”, Capítulo V “De las circunstancias mixtas de parentesco”, art. 23: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

Asimismo, en la Sección 5.ª referida a las penas accesorias el art. 57 del mencionado catálogo legal también hace una referencia al anterior en los siguientes términos: “1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave... 2. En los supuestos de los delitos mencionados en

el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

En el Capítulo III “De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, Sección 1.ª “De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad” en el art. 84 se dispone: “1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medida: ... 2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

Ya en el Libro II “Delitos y sus penas” en el Título III “De las lesiones” en el art. 153 se consigna: “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años...”.

Y en el Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” en el art. 173 se establece: “1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años... 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del

menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

Como puede apreciarse la legislación española ha interpretado en variadas disposiciones referentes a distintos Títulos y Capítulos la problemática que concierne a los supuestos en los que hay en juego relaciones de parejas –que ellos denominan con más propiedad “relaciones afectivas”– o conyugales que convivan o hayan dejado de convivir y en todos los casos las sanciones o algunas prebendas –como la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad– son severas o en el otro supuesto se restringen.

Todo ello, quizás, se ha tenido en cuenta por nuestros legisladores para –aunque en forma parcializada– se vuelque en la legislación autóctona.

En el caso de divorcio vincular antes de la ley 26.791 algunos consideraban que no se aplicaba la agravante, mas ahora sí, pues de acuerdo a la ley civil el divorcio es exclusivamente vincular -art. 435 inc. c) del C.C. y C.–, por lo tanto se estaría hablando de “ex cónyuge”. En el supuesto del caso del matrimonio anulable, mientras no se haya declarado la nulidad, la muerte del cónyuge por otro será un homicidio calificado, pero después también porque entraría en el supuesto del “ex-cónyuge”. Igual temperamento se aplica para el caso de matrimonio absolutamente nulo. Todo esto último revierte situaciones que antes no eran contempladas por la ley penal porque ahora se agrega como sujeto pasivo no sólo al ex cónyuge, sino a aquél con quien se mantiene o ha mantenido una

relación de pareja, mediare o no convivencia. De allí que en esta especificación quedan comprendidos el homicidio de la concubina/o, de la novia/o siempre que haya habido una relación de pareja entre el agresor y la víctima, dejando de lado las relaciones pasajeras, transitorias o amistosas<sup>27</sup>. Aunque se puede recurrir, para una mayor precisión a lo expuesto en el Título III “Uniones convivenciales” por el art. 509<sup>28</sup> del C. C. y C. pero apartándose de lo que dispone el art. 510 inc. e) en contra la exigencia de mantener la convivencia por un período inferior a dos años que puede no condecirse con lo consignado en el texto penal, como lo hacen Arocena - Cesano<sup>29</sup>.

Siguiendo con los sujetos del delito, se hace menester realizar una distinción de si se trata del homicidio de los ascendientes, descendientes, cónyuges o excónyuges, porque se estaría ante la presencia de un tipo especial de autor cualificado en el sentido de que el sujeto activo debe reunir esa condición que requiere la norma. Lo mismo que ocurre con el sujeto pasivo. En sentido adverso, si se tratara del homicidio de la pareja o conviviente el sujeto puede ser cualquier persona, es decir, indiferenciado, y son circunstan-

---

<sup>27</sup> BUOMPADRE Jorge “Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2013, p. 142.

<sup>28</sup> Art. 509: “Las disposiciones de este título se aplicarán a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

<sup>29</sup> AROCENA Gustavo - CESANO José “El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico” Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013, p. 73 nota 12. En este sentido se pronunció la C.N.Casación Penal y Correc., sala II en los autos “E., D. s. Recurso de casación” con nota crítica de SIMAZ Alexis “El concepto “relación de pareja” en el inc. 1, art. 80, Código Penal reformado” [www.rubinzalculzoni.com](http://www.rubinzalculzoni.com) online donde resume su comentario manifestando que no se pueden llevar las cosas al extremo de reducir teleológicamente la interpretación de la norma, dejando de lado casos que en el lenguaje natural claramente están comprendidos, en especial, cuando el legislador no ha estipulado un lenguaje técnico.

cias objetivas que el legislador ha tenido en cuenta para determinar este plus punitivo.

Asevera Buompadre que en cualquiera de las dos hipótesis referidas, los sujetos son indiferentes en cuanto al sexo, debido a que pueden pertenecer al sexo masculino o al sexo femenino –hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-mujer, mujer-hombre– lo que da la pauta que en este caso –que no es el referido en el inc. 11 del art. 80– no son homicidios configurativos de delitos de género, sino conductas neutrales en las que pueden estar involucrados sujetos pertenecientes a cualquiera de los dos sexos<sup>30</sup>.

Este nuevo texto no ha estado exento de acervas críticas porque no se comprende bien cuál es el fundamento de aplicar semejante pena –prisión perpetua– por el homicidio de la ex pareja o novia con quien ya no se tiene una relación de convivencia, o incluso, que nunca se tuvo, con ese criterio habría que mencionar también al anciano, niño, o a una persona especialmente vulnerable con quien se puede estar compartiendo, o haber compartido una situación de convivencia. De hecho que el principio de proporcionalidad de las penas, en este caso, se da de traste con el art. 16 de la C.N.

Resulta un tanto confuso interpretar exactamente qué cualidades o características deben revestir dos personas que llevan una “relación de pareja”, porque la palabra “cónyuge” o “excónyuge” son conceptos definidos en el ordenamiento civil, no pasa lo mismo con la expresión “relación de pareja”<sup>31</sup>. Será necesario una convivencia previa?; una determinada cantidad de citas?; reconocimiento social como “novios”?; mantener relaciones sexuales?; relaciones monógamas?, en definitiva los interrogantes son variados y conducen a diversas interpretaciones que normalmente son peligrosas pues socavan el principio de la ley estricta en materia penal, no basta con un lenguaje coloquial. Salvo recurrir, como se dijo ut-supra, a una interpretación más o menos aproximada a la de la unión convivencial que propone el art. 509 del C.C. y C.<sup>32</sup> o

---

<sup>30</sup> BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 143).

<sup>31</sup> MOLINA Magdalena - TROTTA Federico “Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados” LL 2013- A- 493.

si no se quiere ser tan escrupuloso, analizar cada caso en particular<sup>33</sup>.

Empecé a haber endosado en mi trabajo mencionado la tesis de tratar de asimilar la “relación de pareja” con el régimen de la “unión convivencial” que regula el art. 509 y sgtes. del C.C.yC. luego de una más profunda reflexión me persuade la idea de que el concepto de “relación de pareja” no se limita a la unión convivencial civil. Si bien el vocablo “relación de pareja” es bastante – hay que reconocerlo – ambiguo, no puede asimilárselo a la “unión convivencial” referida, es decir, la ecuación relación de pareja = unión convivencial, no agota el concepto, pues ello resultaría contradictorio con la última parte del inc. 1º que habla de “mediare o no convivencia”. Desde luego que un homicidio en el marco de una unión convivencial vigente o que haya cesado es atrapada por la agravante de dicho inciso. Pero también incluye a la relación de pareja que no convive, es decir, la referida a una relación sentimental estable con – como se dice vulgarmente – “cama afuera” o a las ya calificadas LAT (living apart together) lo cual traducido significaría una vida en común de pareja pero sin cohabitación bajo el mismo techo. Se excluyen las relaciones casuales, como así también las “relaciones asistenciales”.

---

<sup>32</sup> En tal sentido con referencia al fallo “E., D. s. Recurso de casación” ya mencionado CORBETTA Paola “Límites al concepto normativo de “relación de pareja” - A propósito del inc. 1, art. 80, Código Penal en [www.rubinzal-culzoni.com](http://www.rubinzal-culzoni.com) online.

<sup>33</sup> FIGARI Rubén “Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación” en [www.pensamiento.penalar.com](http://www.pensamiento.penalar.com); REINALDI Víctor-TRUCCONE BORGOGNO Santiago en BALCARCE Fabián “Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio”, t. I, 4ª Edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 2015. (ob. cit. p.118); TAZZA Alejandro “Homicidio agravado por la especial relación del autor con la víctima (art. 80 inc. 1º Código Penal)” en <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/homicidio-agravado-por-la-especial.html>.

## IV. Conclusión

En definitiva, y como conclusión de toda esta cuestión se debe afirmar que la expresión “relación de pareja” contenida en el inc. 1º del art. 80 del C.P. hace referencia – justamente por el último párrafo de la norma (mediare o no convivencia) – a una situación que si bien abarca – como ya se dijo – la institución de la “unión convivencial”, en realidad la excede, pues contempla circunstancias más amplias que ésta. Por consiguiente, la incidencia de la normativa civil, en este caso, no mella la interpretación que se hace en materia penal.

## Bibliografía

- ALEGRÍA Héctor (director) “Revista Código Civil y Comercial”, año II n° 4, mayo 2016, Ed. La Ley.
- AROCENA Gustavo - CESANO José “El delito de femicidio. Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico” Ed. B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2013.
- AZPIRI Jorge “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia” Ed. Hammurabi, 2015.
- BELLUSCIO Claudio “Uniones Convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial” Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2015.
- BUOMPADRE Jorge “Violencia de género, Femicidio y Derecho Penal”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2013. CORBETTA Paola “Límites al concepto normativo de “relación de pareja” - A propósito del inc. 1, art. 80, Código Penal en [www.rubinzal-culzoni.com](http://www.rubinzal-culzoni.com) online.
- DELLUTRI Rodrigo “Impacto del Código Civil y Comercial en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944)”.
- FERRER Francisco “Caracterización y régimen legal del concubinato” en “Revista de Jurisprudencia Provincial” Año 4 n°4 Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1994.

- FIGARI Rubén “Homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima y circunstancias extraordinarias de atenuación”.
- FIGARI Rubén “Insolvencias fraudulentas y fraudes entre cónyuges”, Ed. B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2016.
- KEMELMAJER de CARLUCCI Aida-HERRERA Marisa-MOLINA de JUAN Mariel “La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando”, La Ley, 30 de mayo de 2016.
- LLOVERAS Nora-ORLANDI Olga-FARAONI Fabián en KEMELMAJER de CARLUCCI Aída-HERRERA Marisa- LLOVERAS Nora (directoras) “Tratado de Derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014”, t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- HERRERA Marisa en LORENZETTI Ricardo (director) “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado” t.III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2015.
- MOLINA Magdalena - TROTTA Federico “Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados” LL 2013- A- 493.
- MOLINA DE JUAN Mariel “Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reformas del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse” DC1E30.
- PELLEGRINI María “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil” J.A 2012-II-1255;
- REINALDI Víctor-TRUCONE BORGOGNO Santiago en BALCARCE Fabián “Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio”, t. I, 4ª Edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 2015.
- SIMAZ Alexis “El concepto “relación de pareja” en el inc. 1, art. 80, Código Penal reformado” [www.rubinzalculzoni.com.ar/2014/04/el-concepto-relacion-de-pareja-en-el-inc-1-art-80-codigo-penal-reformado/](http://www.rubinzalculzoni.com.ar/2014/04/el-concepto-relacion-de-pareja-en-el-inc-1-art-80-codigo-penal-reformado/)
- SOLARI Néstor “Liquidación de bienes en el concubinato” Ed. Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1999.
- TAZZA Alejandro “Homicidio agravado por la especial relación del autor con la víctima (art. 80 inc. 1º Código Penal)” en <http://penaldelincubinato.com.ar/2014/04/homicidio-agravado-por-la-especial-relacion-del-autor-con-la-victima-art-80-inc-1-codigo-penal/>
- TERRAGNI Marco “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.



**Pactos sobre herencia futura**

**Comentario al art. 1010 del Código Civil y Comercial**

**DR. HUMBERTO G. VARGAS BALAGUER**



## I. Introducción

Entre la gran cantidad y variedad de innovaciones del Código Civil y Comercial (CCyC), se destaca el pacto sobre herencia futura (también denominado pacto sucesorio o pacto sobre sucesión futura), previsto en el art. 1010, 2° párrafo.

Esta figura, inédita en nuestro derecho positivo, permitirá una mejor planificación y organización de la sucesión del futuro causante en una empresa familiar.

Con ello se abre un interesante y amplio campo de estudio, donde intervienen normas, del derecho contractual, de familia, sucesorio y societario, las cuales se deben armonizar y compatibilizar.

En el presente trabajo se abordarán ciertas cuestiones medulares del instituto y algunos de los problemas que se pueden presentar en la práctica, tomando posición al respecto. Previo a adentrarnos de lleno en los temas específicos que motivan este estudio, se examinará el concepto de la figura, su regulación en el anterior régimen y el tratamiento que recibe en los ordenamientos jurídicos extranjeros que la contemplan, brindándose un breve panorama sobre el tópico.

## II. Concepto

Guastavino sostiene que los contratos referentes a una herencia futura, o pactos sucesorios, son aquellos cuyo objeto es el todo o parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a su organización, o a un aspecto de esa organización, sea por referirse a una disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales, o por referirse a reglas de distribución de la herencia u otras cuestiones sucesorias<sup>1</sup>.

Por su parte, Maffía define al pacto sucesorio como la convención mediante la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo

---

<sup>1</sup> GUASTAVINO, Elías P., Pactos sobre herencias futuras, Ediar, Bs. As., 1968, p. 76.

con otros interesados, o éstos, estipulando entre sí en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos<sup>2</sup>.

### III. Pactos sobre herencia futura en el Código Civil de Vélez

El Código Civil de Vélez (CC), en el art. 1175, disponía que: “No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”.

Es decir, el CC prohibía los contratos sobre herencia futura, aunque se celebraran con el consentimiento de la persona cuya sucesión se trataba o no, siendo la nulidad allí establecida de carácter absoluto<sup>3</sup>.

Esta prohibición se remonta al derecho romano y era la tendencia imperante en ese momento<sup>4</sup>.

Señala Guastavino que el fundamento de la prohibición legal era de índole moral; resultaba chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula con la muerte de una persona<sup>5</sup>.

Otra consideración para la prohibición de esta clase de pactos, era que se prestan muy fácilmente para la lesión de una de las partes, por realizarse en situaciones muy especiales, generalmente de desventaja. En muchas ocasiones, quien celebra un pacto sobre herencia futura es un especulador que aprovecha una particular situación de la víctima<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> MAFFIA, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1989, t. I, p. 8.

<sup>3</sup> CNCiv., sala B, 14/5/51, LL, 62-805.

<sup>4</sup> En la nota al art. 1175 Vélez cita el Código francés, el de Nápoles, el holandés, el italiano, y a los juristas Zachariae, Troplong y Aubry y Rau.

<sup>5</sup> GUASTAVINO, Elías P., Pactos sobre herencias futuras, cit., p. 141.

<sup>6</sup> LAVALLE COBO, Jorge E., en BELLUSCIO, Augusto (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, ps. 806/807.

También se consideraba que mediante estos convenios se podían violar fácilmente las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria.

Sin embargo, como lo señalaron Borda<sup>7</sup> y Maffía<sup>8</sup>, en el ordenamiento jurídico argentino existían diseminadas varias excepciones a la prohibición, que posibilitaban pactos sobre la herencia futura, tales como: a) la partición por donación hecha en vida por los ascendientes respecto a sus descendientes (arts. 3514 a 3538, CC); b) la imputación de las liberalidades realizadas por los padres a favor de sus hijos, entendiéndose que debían comprenderse como un adelanto de la legítima (art. 1805, última parte, CC); c) las donaciones hechas con la condición de que las cosas donadas se restituirían al donante si éste sobrevivía al donatario o al donatario y sus herederos (arts. 1803 y 1841, CC); d) la posibilidad de que ciertas enajenaciones realizadas por el causante en favor de sus herederos forzosos cedieran en la presunción que se establece de su gratuidad, permitiendo que los demás legitimarios reconocan el carácter oneroso de ellas (art. 3604, CC).

A su vez, en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 se preveían –y se prevén en la actualidad pues la redacción se ha mantenido en la hoy denominada Ley General de Sociedades–convenciones de herencia futura o pactos de ingreso de herederos a la sociedad frente al fallecimiento de los socios fundadores (arts. 90, 2° párr., y 155).

Cabe destacar que Borda ya en su época apuntaba que en el derecho se notaba una tendencia a suavizar el rigor de la regla del art. 1175 del CC, manifestando que “no todo pacto que tiene en miras bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral. Muchas veces las circunstancias los hacen razonables y prudentes”<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones, 3ª edición, Perrot, Bs. As., 1971, t. II, n° 1247, ps. 175/176.

<sup>8</sup> MAFFIA, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, cit., t. II, ps. 10/11.

<sup>9</sup> BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones, cit., t. II, p. 176.

#### IV. Derecho comparado

Los países de tradición jurídica romanista en general no admitieron los pactos sucesorios.

Por el contrario, los países de tradición germánica desde antaño fueron absolutamente permisivos con estos pactos, viéndolos como una forma normal de disposición del patrimonio por parte del futuro causante.

Así, el Código Civil de Alemania (BGB) admite el contrato sucesorio en su art. 1941, estableciendo que el futuro causante puede nombrar a un heredero, conceder legados e imponer condiciones por contrato. El BGB regula dos tipos de contratos sucesorios: el institutivo o Erbvertrag (arts. 2274 a 2302), y el renunciativo o Erbverzicht (arts. 2346 a 2352).

El Código Civil de Austria (ABGB), que se vio influenciado por el derecho alemán, también admite plenamente estos pactos, al igual que el Código Civil suizo; en éste país –al igual que los anteriormente mencionados– los pactos no son considerados contrarios al orden público, a la moral y a las leyes imperativas.

En la actualidad, en algunos países de tradición romanista se observa una flexibilización hacia la prohibición de estos pactos.

Tal es el caso de Italia que mediante la ley n° 55 de 14 de febrero de 2006 –modificatoria del Código Civil– introdujo la posibilidad de celebrar pactos de familia (patto di famiglia), en los arts. 768 bis a octies y 458 primera parte, como excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre la sucesión futura que sigue proclamando el art. 458 del Códice.

El mismo se trata de un contrato, celebrado mediante acto público –bajo pena de nulidad, cfr. art. 768 ter–, por el cual el empresario transfiere, totalmente o en parte, la empresa, y el titular de participaciones sociales transfiere, totalmente o en parte, sus cuotas, a uno o más descendientes (art. 768 bis).

Por su parte en Francia, la ley 2006-728<sup>10</sup> del 23 de junio de 2006, moderó notablemente el principio de prohibición de los pactos sobre sucesiones futuras.

El Código Civil de España prohíbe los pactos sucesorios (art. 1271, párrafo segundo). Sin embargo, el derecho foral de España acepta esta figura, en mayor o menor medida, según la legislación de cada Comunidad Autónoma, donde es una tradición su validez<sup>11</sup>. Así ocurre en los territorios forales de Cataluña (arts. 431-1 a 431-17, Código Civil de Cataluña), Aragón (arts. 317 y 377 a 404, Código de Derecho Foral de Aragón), Galicia (arts. 209 a 227, ley 2/2006, de 14 de junio), Navarra (Libro II, Título IV, Capítulos I y II, leyes 172 a 183, ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), Islas Baleares (Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares -CDCIB-)<sup>12</sup>, y País Vasco (ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco).

En la Unión Europea, la transmisión de la pequeña y mediana empresa (PYME) representa uno de los temas claves de la política empresarial de la Comisión, la cual ha recomendado a los Estados miembros que adopten una serie de medidas –jurídicas, fiscales y

---

<sup>10</sup> Esta ley de reforma de sucesiones y donaciones -una de las más amplias e importantes del derecho civil francés- modificó más de doscientos artículos del Code civil, que no había sufrido ningún cambio desde 1804. En los arts. 812/812-7, se incorporó al Código civil la figura del mandato póstumo, mediante el cual el futuro causante puede otorgar poder a una persona física o jurídica, con el encargo de administrar o gestionar la totalidad o parte de su herencia por cuenta y en interés de uno o varios herederos concretos.

<sup>11</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 468.

<sup>12</sup> Cabe aclarar que en la región de Baleares, en Mallorca, Ibiza y Formentera se admiten los pactos sucesorios, no así en Menorca, ya que si bien el art. 6 del Libro I y el art. 69 del CDCIB indican que la sucesión se defiere por testamento, por ley y por los contratos regulados en dichos libros, ello es excluido en el art. 65 para Menorca, exceptuando la aplicación de los pactos contractuales por exclusión de los arts. 6 y 7. Es decir que en la isla de Menorca no se permiten los pactos contractuales y no se incluye excepción alguna al respecto.

de apoyo– para facilitar la transmisión de empresas con el fin de garantizar su supervivencia y el mantenimiento de los puestos de trabajo; a esos fines, se propone a los Estados Europeos que prohíben los pactos sobre la futura sucesión, que introduzcan cambios en su legislación para autorizar los mismos o flexibilizar la prohibición, o al menos incentiven la utilización de figuras como el pacto de empresa o protocolo familiar a efectos de paliar las consecuencias negativas que la prohibición de los pactos sucesorios produce en la transmisión de la riqueza empresarial. En tal sentido, la Comisión Europea formuló la Recomendación sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, 94/1069/CE, del 7 de diciembre de 1994<sup>13</sup>. A esa Recomendación le siguió la Comunicación 98/C93/02, del 28 de marzo de 1998<sup>14</sup>.

## V. Pactos sobre herencia futura en el Código Civil y Comercial

El art. 1010, en su primer párrafo, establece: “Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa”.

Es decir que el nuevo Código mantiene la regla general de prohibición de los pactos sucesorios, como lo consagraba el viejo art. 1175 del Código Civil derogado.

No obstante –y éste es el cambio sustancial que se incorpora, el segundo párrafo del art. 1010 expresa: “Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden in-

---

<sup>13</sup> Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 385, del 31/12/1994, pág. 14.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31994H1069>.

<sup>14</sup> Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 93, del 28/3/1998, pág. 2.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y0328\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y0328(01)).

cluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”.

Tal dispositivo, que es una excepción al principio general en la materia, constituye una absoluta novedad en nuestro derecho positivo que ni siquiera se encontraba en el Proyecto de 1998.

Y su destinatario tiene nombre y apellido: la empresa familiar.

En Argentina, al igual que en cualquier país del mundo, las empresas familiares son uno de los principales agentes económicos y constituyen una pieza fundamental de motorización de cambios, crecimiento y creación de riqueza. No importa la dimensión para encuadrar a una empresa en familiar. Esta puede ser micro, pequeña, mediana o grande, cerrada o abierta, conforme a la organización y forma que se le haya dado al emprendimiento económico. Lo cierto es que en su conjunto representan más del 80% de las empresas que funcionan en nuestro país<sup>15</sup>.

Tras las etapas de creación y crecimiento, la transmisión es la tercera fase crucial en el ciclo de la vida de una empresa. Uno de los principales problemas que se plantean en la empresa familiar ha sido y continúa siendo su transmisión; cuando el fundador llega a la edad de jubilarse y tiene que pensar en pasar el relevo intergeneracional, hay muchos intereses y partes en juego, no solo familiares sino también puestos de trabajo. De allí la importancia de planificar debida y ordenadamente la sucesión, para traspasar el negocio a la siguiente generación sin poner en peligro su continuidad ni crear fricciones o enemistades entre parientes.

En este contexto, la novel figura que nos ocupa se erige en un instrumento sumamente útil, pues en vida del titular o titulares de la empresa, se organiza la transmisión del negocio mediante un convenio en el cual se designa a el o los miembros de la familia que recibirán la propiedad de la empresa familiar o de las partici-

---

<sup>15</sup> Ntro. “Las Sociedades de Familia y el Protocolo Familiar”, La Voz del Foro, Año VII - N° 52 - Sept.-Dic. 2008, Publicación del Foro de Abogados de San Juan.

paciones sociales a la muerte del causante, estableciéndose compensaciones para los otros herederos. De esta manera, se asegura la estabilidad y continuidad de la empresa familiar.

Así, supongamos el caso de un padre que es titular de una empresa, tiene tres hijos, dos de ellos trabajan en la empresa con dedicación y esmero, y el tercero no muestra un mínimo de interés por el negocio, salvo el de contar en un futuro con una cantidad de bienes para vivir cómodamente. Mediante un pacto sucesorio, el padre puede planificar la herencia estableciendo que los dos hijos que trabajan en la empresa lo sucederán en la dirección y propiedad de la misma, mientras que con respecto al hijo que no tiene interés en ella recibirá un campo u otros bienes, respetándose la legítima. Con ello se consigue que los hijos designados se impliquen de lleno en la gestión empresarial, con la motivación y seguridad de que la decisión de su padre es irrevocable y que, en el futuro, ellos accederán a la propiedad de la empresa en la que trabajan. Asimismo, el hijo que no ingresará en la empresa se queda conforme con el bien que recibirá.

*- Otros pactos sobre herencia futura permitidos en el CCyC*

Al igual que sucedía con el CC de Vélez, el CCyC admite distintos pactos sobre herencia futura, que constituyen una excepción al principio general de su prohibición sentado por el art. 1010, 1° párr., CCyC. Entre ellos: a) Partición por donación de ascendientes respecto de sus descendientes (arts. 2415/2420); b) Pacto de reversión de las cosas donadas, sujetando el contrato a la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes fallezcan antes que el donante (arts. 1566/1567); c) Dispensa de colación o mejora a un heredero forzoso donatario, expresada en el mismo acto de la donación (art. 2385); d) Mejora a un beneficiario por actos entre vivos (art. 2461); e) Renuncia de los coherederos forzosos al derecho a reclamar la colación o la reducción, que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, de bienes del futuro causante hacia un legitimario con la modalidad de reserva de usufructo, uso o habitación, o con la con-

traprestación de una renta vitalicia (art. 2461, última parte); f) Pacto de indivisión voluntaria entre herederos, por un plazo que no exceda de diez años (art. 2331).

## VI. Finalidad del pacto

La finalidad principal del pacto es la continuidad y la integridad de la empresa familiar, evitando su fragmentación o su disolución.

En efecto, el art. 1010, 2º párr., CCyC, dice que los pactos “... con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial...”.

Como se advierte, el artículo emplea el término “unidad de la gestión empresarial”. Ahora bien, en la planificación sucesoria no solo se debe trabajar en la gestión sino también en la propiedad de la empresa. La gestión de una empresa comprende las actividades y medidas de administración y organización que llevan a cabo los administradores y directores. Pero el fin último al que apunta la norma es la preservación de la empresa de familia, manteniendo las participaciones sociales dentro del núcleo familiar. De allí que, a nuestro juicio, hubiese sido más apropiado consignar la oración “con miras a la conservación de la empresa”.

Asimismo, estos pactos pueden tener por finalidad “la preservación o solución de conflictos” familiares relacionados con la empresa o con las participaciones sociales del futuro causante.

## VII. Objeto del pacto

El objeto del pacto debe ser relativo a una “explotación productiva” o a “participaciones societarias de cualquier tipo”.

### (i) *Explotación productiva*

No existe una definición jurídica de “explotación productiva”, pero en nuestra opinión tal expresión se refiere al concepto de hacienda,

fondo de comercio o establecimiento, entendido éste como el conjunto de los bienes organizados por el empresario para el ejercicio de su actividad<sup>16</sup>.

El art. art. 2330, inc. a), del CCyC habla de “establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica”. En términos similares alude el art. 2332. Ambas normas deben interpretarse en forma armónica con el art. 1010, 2º párrafo, en lo que aquí respecta.

Algunos autores han manifestado que esta “explotación” tiene la característica de pequeña o mediana empresa de naturaleza familiar<sup>17</sup>. No compartimos este criterio pues una empresa familiar con explotación productiva puede ser de cualquier dimensión, y no necesariamente pequeña o mediana. Como bien apunta Medina<sup>18</sup>, la empresa familiar no se define por su tamaño, ya que puede ser una empresa individual o una sociedad de envergadura internacional en la cual el capital se mantiene concentrado mayoritariamente en las manos de los miembros de la familia.

### *(ii) Participaciones societarias de cualquier tipo*

Con redacción similar a la que utiliza el art. 768 bis del Código Civil italiano, el art. 1010, 2º párr., del CCyC, dispone que también pueden ser objeto del pacto las “participaciones societarias de cualquier tipo”.

En consecuencia, quedan comprendidos los tipos societarios del Capítulo II de la LGS (sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima y en comandita por acciones), como igualmente las sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la LGS, denominadas por la doctrina sociedades simples, libres o residuales. También se encuentran abarcadas las sociedades civiles existentes a la

---

<sup>16</sup> FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino, 9ª edición, Zavallía, Bs. As., 1: Parte General, p. 200.

<sup>17</sup> FERRER, Francisco A. M., “Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial”, LL, 2015-D-1124. Cita Online: AR/DOC/2158/2015.

<sup>18</sup> MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LL, 2010-E-920.

fecha de la entrada en vigencia de la ley 26.994 –las conformadas con esas características con posterioridad, quedan incluidas en el régimen previsto en los arts. 21 a 26 de la LGS–.

En relación al tema, Cesaretti y Cesaretti plantean una interesante cuestión: Expresan que si bien el texto no distingue al referirse a participaciones societarias y sería abarcativo de cualquier tipo social, tal condición es necesaria pero no suficiente ya que se refiere a con miras a la conservación de la unidad de gestión empresaria. Lo cual los lleva a considerar –con cita en doctrina italiana– que “las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podría ser objeto del pacto, por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes y servicios”<sup>19</sup>.

Lo apuntado anteriormente nos conduce a formularnos la pregunta de si las participaciones en una sociedad holding familiar pueden ser objeto de un pacto sucesorio. La sociedad holding es aquella cuya única finalidad es ser tenedora de todas o de una parte significativa del capital de otras sociedades a las que controla y gestiona<sup>20</sup>. Es decir, que una holding –en particular la holding “pura”– no explota una empresa en el sentido de “producción e intercambio de bienes y servicios” a que refiere el art. 1° de la LGS. En muchas empresas familiares se recurre a la figura de la sociedad holding (la “capogruppo”) que controla y dirige a las sociedades operativas de titularidad de la familia.

Sobre el punto en cuestión, entendemos que no se puede utilizar un criterio muy riguroso pues va en contra de la intención del legislador; además, compartimos la doctrina que opina que la sociedad holding ejercer actividad empresaria en forma indirecta. Por lo tanto, consideramos que la sociedad holding familiar puede ser objeto del pacto.

---

<sup>19</sup> CESARETTI, Oscar Daniel - CESARETTI, María, “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario-IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza), *Advocatus*, 2016, t. III, p. 1548.

<sup>20</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (P) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (H), “La sociedad “holding” y la sociedad “filial” en el derecho argentino”, *Errepar*, DSE, Nro. 276, tomo XXII, Noviembre 2010, p. 1189.

- El pacto sucesorio y la resolución parcial del contrato: Se debe conjugar la aplicación del pacto sucesorio regulado por el CCyC con la figura de la resolución parcial del contrato por muerte del socio de la LGS.

- Sociedades de personas: En las sociedades intuitu personae el fallecimiento de un socio resuelve parcialmente el contrato (art. 90, párr. 1º, LGS), por lo que el heredero no ingresa a la sociedad. Pero en las sociedades colectivas y en comandita simple es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos (art. 90, párr. 2º, LGS). Por ende, si en el contrato social existe cláusula de ingreso, el pacto sucesorio tendrá plena operatividad. En caso de que el contrato no establezca el ingreso de los herederos del premuerto, para que el pacto sucesorio tenga aplicación, previamente a su entrada en vigencia se debe modificar el contrato social estableciendo el pacto de incorporación de herederos del socio (futuro causante).

- Sociedades de responsabilidad limitada: El art. 90 de la LGS no alude a las SRL. Y su falta de mención no responde a un olvido del legislador, sino que derechamente tal norma no es de aplicación a estas sociedades mixtas<sup>21</sup>. En el caso existe una disposición específica que es el art. 155, el cual expresa: “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios...”. En consecuencia, si en el contrato social consta una cláusula de incorporación de herederos, rige la misma y el art. 155, LGS.

¿Y qué sucede si en el contrato no existe cláusula de incorporación? No se configura la resolución parcial del contrato –reiteramos que el art. 90 LGS no se aplica en la especie– sino que, como señala Roitman<sup>22</sup>, hay que estar a las reglas generales del régimen sucesorio (arts. 2277, 2278 y conc. CCyC), por lo que igualmente

---

<sup>21</sup> Sobre el particular ver: ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2006, t. II, p. 352 y t. III, p. 172.

<sup>22</sup> ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades comerciales...*, cit., t. III, ps 172 y 174.

se produce la incorporación de los herederos en tanto continuadores de la persona del causante, siendo plenamente eficaz el pacto sucesorio, sin necesidad de reformar el contrato social a esos efectos.

Distinta es la situación si, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el instrumento constitutivo de la SRL se estableció como causal de resolución parcial la muerte de uno de los socios. Acá sí se torna necesario modificar el contrato social –eliminando la cláusula en tal sentido– para que el pacto sucesorio tenga operatividad cuando se produzca la muerte del socio.

También hay que contemplar el supuesto de que en el contrato existan cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las cuotas, tales como el derecho de preferencia o de conformidad de los socios.

De existir una cláusula de preferencia y, en el caso de que los socios la ejerzan, se deberá liquidar a los herederos del socio fallecido el valor de su parte según lo previsto en el contrato social o, en su defecto, por valuación judicial por peritos<sup>23</sup>. De no ejercerse este derecho, los herederos se incorporan a la sociedad la que se hará efectiva cuando acrediten su calidad (cfr. art. 155, LGS), esto es, con la sentencia de declaratoria de herederos que se debe entregar a la gerencia (art. 152, 2º párr., LGS); además, para su oponibilidad a terceros, se deberá inscribir la transmisión sucesoria en el Registro Público (art. 152, in fine, LGS)<sup>24</sup>.

Lo mismo ocurre si existe una cláusula de conformidad, pues será necesario obtener la previa conformidad de los socios para que ingresen los herederos, de lo contrario no se incorporarán y se les deberá reembolsar el valor de las cuotas de que era titular el causante.

En síntesis, existiendo cláusulas que limiten la transmisibilidad mortis causae de las cuotas sociales, éstas se deben respetar y prevalecen sobre el pacto sucesorio, por lo que la operatividad del

---

<sup>23</sup> PITA, Enrique, “Cesión de cuotas en la S.R.L. (Ley 22.903)”, RDCO, Año 20, 1987, p. 97.

<sup>24</sup> NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de sociedades comerciales*, 2ª edición, Ábaco, Bs. As., 1997, t. 3, ps. 54/55.

mismo queda sujeto a la condición de que no se ejerzan los derechos allí previstos.

- Sociedades por acciones: En las sociedades anónimas y en comanditas por acciones –para los socios comanditarios–, en cambio, la muerte del socio nunca produce la resolución del contrato. Para que opere el ingreso a la sociedad del heredero, éste deberá contar con la adjudicación de las acciones en el juicio sucesorio y, además, se deberá efectuar la inscripción en el libro de registro de acciones (art. 215, LGS). A partir de ese momento el heredero detenta el status socii y, si existe un pacto sucesorio, el mismo tendrá aplicación.

Puede suceder que el estatuto prevea limitaciones a la transmisibilidad mortis causae de las acciones nominativas o escriturales, en los términos del art. 214 de la LGS, lo cual ha sido admitido por la jurisprudencia en el fallo “El Chañar S.A.”<sup>25</sup>

En tal supuesto, y, de existir cláusulas de consentimiento o de preferencia de adquisición de las acciones del causante por parte del resto o de determinados accionistas, las mismas se deben respetar por lo que el ingreso efectivo de los herederos a la sociedad quedará subordinado al ejercicio de esos derechos. Es decir, si los consocios del causante optan por la adquisición de dichas acciones, se deberá abonar a los herederos el valor de las acciones según las pautas reglamentadas en el estatuto. En caso contrario, de no ejercer el derecho de opción, los herederos ingresan a la sociedad. Salvo que, claro está, previa negociación y/o acuerdo se eliminen esas restricciones a la transmisibilidad de las acciones por vía de la reforma del estatuto; así, despejada toda limitación estatutaria al respecto, los herederos del socio fallecido designados en el pacto sucesorio se incorporan a la sociedad.

---

<sup>25</sup> CNCom., sala B, 27/10/1993, “El Chañar S.A. s/ inscripción”, LL, 1994-D-275; DJ, 1994-2-888; ED, 157-424.

## VIII. Sujetos intervinientes

Sólo eventuales herederos forzosos y el causante poseen aptitud para celebrar los pactos autorizados por el art. 1010, 2º párr., CCyC, toda vez que el mismo reza “establecer compensaciones a favor de otros legitimarios”<sup>26</sup>. En consecuencia, el pacto sucesorio no puede otorgarse con personas humanas que no guardan vínculo de parentesco ente sí.

Debe repararse que la norma dispone: “Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge...”. Es decir, que pueden celebrarse aun sin la intervención del futuro causante y su cónyuge, por todos o algunos de sus herederos forzosos; ello, a diferencia del derecho italiano que en el art. 768 quater del Código Civil exige la participación del futuro causante y su cónyuge en el pacto de familia<sup>27</sup>, lo cual consideramos más atinado.

---

<sup>26</sup> CÓRDOBA, Marcos M., en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, p. 743.

<sup>27</sup> No obstante la disposición del art. 758 quater del Codice, en Italiana existe un debate por la ambigüedad de las normas que reglan el patto di familia. Esto, por cuanto el legislador por un lado en el art. 768 quater especifica que en el pacto “tienen que” participar todos los legitimarios, por el otro prevé la hipótesis del cónyuge y de otros legitimarios “que no hayan participado en el contrato” que al abrir la sucesión del disponente podrán exigir un trato análogo al de los otros participantes legitimarios no beneficiarios. Por su parte, el art. 768 sexies hace referencia sólo a los legitimarios “añadidos”. De allí que parte de la doctrina considera necesaria para una válida conclusión del contrato la participación de todos los legitimarios existentes en ese entonces. Por lo cual la última norma descripta se referiría a los legitimarios añadidos como en el caso, por ejemplo, del disponente viudo al momento del pacto de familia que luego se ha vuelto a casar. Otros autores, para no reducir la capacidad aplicativa del instituto, pero también por razones prácticas, prefieren una lectura más elástica y coordinan las normas aseverando que hay pacto de familia válido incluso si no participan del mismo todos los legitimarios. En esta última tesis el cónyuge y los otros legitimarios de los que habla el art. 768

### 1. *El rol del cónyuge*

Conforme al régimen patrimonial del matrimonio, el cónyuge puede asumir diferentes roles.

a) Régimen de separación de bienes (arts. 505 y sig., CCyC): Cuando el matrimonio hubiese adoptado este régimen y el pacto recayere sobre bienes de exclusiva titular del futuro causante, el cónyuge será legitimario. Téngase presente que de acuerdo al art. 2433 del CCyC el cónyuge en el régimen de separación respecto del acervo hereditario concurre con los descendientes por cabeza<sup>28</sup>.

b) Régimen de comunidad (arts. 463 y sig, CCyC.): Cuando el matrimonio hubiese optado por este régimen y el pacto recae sobre una empresa o sobre participaciones societarias a nombre del futuro causante pero encuadrados en el carácter de bienes gananciales del art. 465 del CCyC, el cónyuge conserva los derechos sobre su mitad ganancial que, en caso de disolución de la comunidad por muerte, el supérstite no los recibirá en calidad de heredero sino como ex cónyuge por derecho propio. Por ende, en el pacto sucesorio no se podría disponer sobre la porción ganancial del cónyuge sin su consentimiento (art. 498, última parte, CCyC). Y sobre los bienes propios del futuro causante, a la muerte de éste, el cónyuge supérstite que concurre con descendientes tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo (art. 2433, 1° párr., CCyC), no tendiendo parte alguna en la división de los bienes gananciales que correspondan al cónyuge prefallecido pues, en este

---

sexies serían todos los que, por cualquier razón no han suscrito el contrato. Cfr. LIOTTA, Giovanni, “El pacto de familia en el derecho italiano. Notas breves”, <http://www.ejournals.org/index.php/hem-erote-ca/re-vista-16/2202-el-pacto-de-familia-en-el-derecho-italiano-notas-breves-0-733179-94245-62416>.

<sup>28</sup> CESARETTI, Oscar Daniel - CESARETTI, María, “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, cit., t. III, p. 1549.

caso, los descendientes excluyen al cónyuge (art. 2433, 2º párr., CCyC).

1.1. Derechos: Sin perjuicio de que el art. 1010, 2º párr., no exige la necesaria participación del cónyuge en el pacto, conserva los siguientes derechos a) recompensa (arts. 491/495, CCyC); b) compensación si se trata de un bien propio del causante, al ser el cónyuge –como hemos visto– en este supuesto legitimario (art. 1010, 2º párr., CCyC); c) oponerse a la partición solicitando la indivisión forzosa si se configuran los recaudos del art. 2332, CCyC; d) pedir la atribución preferencial del establecimiento o de los derechos sociales, en los términos del art. 2380, CCyC<sup>29</sup>.

Por lo que concluimos que es conveniente la intervención del cónyuge en el pacto, para evitar conflictos futuros que es lo que precisamente tiende a prevenir el art. 1010 del CCyC.

---

<sup>29</sup> Expresa CABRERA de GARIBOLDI, María del Lujan C., en CURA, José María (dir.) - GARCIA VILLALONGA, Julio César (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 2ª edición, La Ley, Bs. As., 2016, t. VII, p. 255, que: “La norma contenida en este artículo y en el siguiente guarda estrecha relación con las indivisiones forzosas reguladas por los arts. 2332 y 2333. En efecto, si bien hay leves diferencias en la enunciación de los bienes sobre los que puede recaer la indivisión forzosa pedida por el cónyuge supérstite o por un heredero, y aquéllos de los que se puede pedir la atribución preferencial, lo cierto es que el espíritu de ambas normas es el mismo. Por un lado, se trata de preservar la unidad de la explotación económica que hubiera llevado adelante el causante, su cónyuge supérstite o alguno de sus herederos... Por ende, la diferencia en la enumeración de los bienes no debe ser obstáculo para aplicar un criterio general común: en todos los casos en que el cónyuge supérstite o uno de los herederos pueden oponer la indivisión forzosa de alguno o algunos de los bienes de la herencia (conf. arts. 2332 y 2333) puede también pedir su atribución preferencial (conf. art. 2380)”.

## *2. Situaciones que se pueden plantear*

En virtud de la redacción amplia de la norma en comentario, se pueden presentar distintos escenarios según los sujetos que intervienen en el pacto. A los fines de un mejor desarrollo expositivo del tema efectuaremos una división en dos grupos a los que denominaremos “pactos totalitarios” y “pactos parciales”, conforme intervengan todos o algunos de los sujetos involucrados. A su vez, dentro de estos últimos distinguiremos algunos supuestos en particular.

2.1. Pactos totalitarios: En los mismos participan tanto el futuro causante como su cónyuge y todos los herederos forzosos (futuro causante + cónyuge + todos los herederos forzosos). Esta sería la situación ideal pues todas las partes involucradas suscriben el pacto, eludiendo o minimizando conflictos a futuro.

2.2. Pactos parciales: En los mismos participan algunos de los sujetos involucrados:

Veamos:

2.2.1. Futuro causante + cónyuge + algunos herederos forzosos: En este caso los legitimarios que no han sido beneficiarios o asignatarios del pacto se los debe compensar por su porción legítima (arts. 2444, 2445 y sig., CCyC).

2.2.2. Futuro causante + todos los herederos forzosos - cónyuge: El artículo 1010, 2º párr., CCyC, permite este supuesto en que no participa el cónyuge. En cuanto a los derechos del cónyuge omitido, que no se deben afectar, ver punto 1.1 del presente capítulo.

2.2.3. Futuro causante + algunos herederos forzosos - cónyuge: También es una situación admitida conforme a la redacción del art. 1010, 2º párr. Acá tenemos dos partes legitimarias omitidas. Por un lado los herederos forzosos (ver punto 2.1.1) y por el otro

el cónyuge del futuro causante (ver punto 2.2.2 el cual a su vez reenvía al punto 1.1).

2.2.4. Todos los herederos forzosos - futuro causante - cónyuge: Si bien está permitido por la redacción del texto legal, representa un supuesto reñido con la buena fe, la moral y las buenas costumbres (arts. 9 y 10, CCyC), en tanto los herederos que celebran el pacto se están repartiendo los bienes del futuro causante en vida de éste pero sin su intervención (quien por lo general en ese momento se encuentra en una edad avanzada y sin poder de mando en la empresa familiar).

Además, en la práctica se pueden presentar circunstancias que atentan contra la efectividad o viabilidad del pacto suscripto sin la intervención del futuro causante, pues éste –como es sabido– sobre los bienes y patrimonio de su propiedad tiene las más amplias facultades que le otorga el ordenamiento jurídico; por lo que, estando en vida, puedo usar, gozar y disponer de ellos, libremente y en forma exclusiva y excluyente, sin más límites que los que establece la ley. Así, el futuro causante podría vender los bienes objeto del pacto o efectuar en relación a los mismos una partición entre sus descendientes (partición por ascendientes, art. 2411, CCyC), ya sea por donación (arts. 2415/2429, CCyC) o por testamento (arts. 2421/2423, CCyC).

Y en esos casos que es lo que impera ¿el pacto sucesorio celebrado entre los herederos forzosos o el acto de disposición del futuro causante? En respuesta a esta pregunta, Ferrer –cuya apreciación compartimos plenamente– expresa que en rigor técnico, los pactos no restringen el poder de disposición del titular de los bienes, desde que no ha sido parte del contrato<sup>30</sup>, por lo cual prevalecerá su voluntad por el principio de la autonomía privada, y la cuestión la deberán resolver los herederos entre sí, pues el acto que realizaron es aleatorio, es un contrato sometido a una condición suspensiva: que el futuro causante no disponga de sus bienes<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> SANCHEZ ARISTI, Rafael, “Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post mortem”, Comares, Granada, 2003, p. 163 y sig.

También en el supuesto en análisis se omite la intervención del cónyuge, cuyos derechos no pueden ser afectados (ver punto 1.1 del presente capítulo).

2.2.5. Algunos herederos forzosos - futuro causante - cónyuge: A tenor de la redacción del art. 1010, 2º párr., CCyC, igualmente sería posible que algunos de los herederos formalicen un pacto sucesorio, omitiendo a otros legitimarios, al futuro causante y a su cónyuge. Tal podría ser el caso de una familia compuesta por el padre, madre y tres hermanos. Dos de los hermanos trabajan en la empresa familiar junto con el padre y el tercero no interviene en ella porque no le interesa, porque no lo dejaron al no tener aptitudes o existir peleas internas, o por cualquier otro motivo. Viendo que el padre-fundador de la empresa ya está entrado en años y/o sin voluntad de continuar al frente de la administración de los negocios, los dos hermano que trabajan en la empresa deciden suscribir un pacto sucesorio estableciendo que ellos recibirán la explotación productiva o las acciones o cuotas de la sociedad, pero sin darle participación al padre (futuro causante), a su cónyuge ni al tercer hermano.

Si bien en teoría este supuesto podría darse, en la práctica es una potencial fuente de litigios. El primer escollo que se advierte es en lo relativo a las compensaciones que deben efectuarse al heredero excluido del pacto, quien debe dar su conformidad a tal fin. En caso contrario, el pacto solo tendrá efectos entre los legitimarios que los han suscripto, pero es inoponible respecto al omitido (art. 1021, CCyC). Asimismo, hay que tener en cuenta que no se puede violar la porción legítima del heredero que no suscribió el pacto.

Y en cuanto a la omisión del pacto del futuro causante y su cónyuge, remitimos a los comentarios vertidos supra (punto 2.2.4).

En síntesis, un pacto así celebrado contraviene la letra y el espíritu del art. 1010, 2º párr., del nuevo Código, cuya finalidad es la continuación y unidad de la empresa familiar, evitando los con-

---

<sup>31</sup> FERRER, Francisco A. M., “Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial”, LL, 2015-D-1124. Cita Online: AR/DOC/2158/2015.

flictos entre familiares que pueden llevar a la fragmentación o división de aquella.

2.2.6. Todos o algunos de los herederos forzosos + cónyuge - futuro causante: También este es un caso reñido con la buena fe y la moral (arts. 9 y 10, CCyC). Resulta chocante la posibilidad de que los herederos y el cónyuge del futuro causante se distribuyan sus bienes pero dándole la espalda al mismo (sobre el particular, remitimos a los puntos 2.2.4 y 2.2.5 en lo pertinente). Además, podría encuadrarse en un supuesto de lesión para el futuro causante (art. 332, CCyC).

## IX. Instrumentación y contenido

En cuanto a la forma del pacto, el art. 1010, 2º párr., CCyC, no establece ninguna en particular, por lo que rige el principio de libertad de formas estatuido en el art. 1015 del CCyC, pudiendo instrumentarse por instrumento público (arts. 289 y sig., CCyC) o privado (arts. 287, 313 y conc. del CCyC), salvo que la ley imponga una forma determinada para el acto jurídico (arts. 284 y 285, CCyC). Ello, a diferencia del Código Civil italiano que impone en el art. 768 ter la obligación de celebrar el patto di famiglia por acto público bajo pena de nulidad.

Cabe destacar que si el pacto se formaliza por instrumento privado, es recomendable que se le dé fecha cierta (art. 317, CCyC), por los importantes efectos que se desprenden del mismo.

Respecto al contenido, el nuevo Código no establece un contenido contractual mínimo del pacto, por lo que rige el principio de libertad de configuración. Consecuentemente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden determinar su contenido, siguiendo y respetando las pautas que brinda el art. 1010, 2º párr., y dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958, CCyC).

Sin perjuicio de lo apuntado, es conveniente que el pacto sea lo más detallado y preciso posible para evitar lagunas o interpre-

taciones divergentes. Entre otras especificaciones, es recomendable que contenga: la identificación de los sujetos intervinientes (para el caso de que al pacto no lo celebran todos los legitimarios, se deberían mencionar a los omitidos); finalidad; objeto del pacto, individualizando la explotación productiva o las participaciones societarias sobre las que recae y, en su caso, la porción que recibirán los legitimarios; las compensaciones con destino a los “otros” legitimarios; la valuación de los bienes (tanto los que integran la empresa como el resto) a la fecha de celebración del pacto; asimismo, se puede establecer –y es recomendable– la fórmula o el mecanismo de revaluación a la época del fallecimiento del causante, para evitar la afectación de la legítima hereditaria por el transcurso del tiempo, lo que, a la sazón, puede alterar los valores<sup>32</sup>; las cargas a las que quedan sometidos los legitimarios–futuros beneficiarios de la empresa (v.gr., obligación de trabajar, dirigir o velar por la continuidad de la empresa, condiciones suspensivas o resolutorias, garantías de cumplimiento, etc.); derechos y obligaciones de las partes, reglas sobre la administración de la empresa familiar por parte del/los legitimario/s beneficiario/s, antes y después de fallecimiento del causante; causales de revocación; etc. Igualmente, si existe un Protocolo Familiar se deberá compatibilizar con el contenido del pacto sucesorio, adjuntándose o haciendo expresa referencia.

## X. La compensación

El art. 1010, 2º párr., CCyC, dispone que los pactos sobre herencia futura “...pueden...establecer compensaciones a favor de otros legitimarios”.

Dos acotaciones preliminares:

El dispositivo emplea la expresión “pueden” y no deben. Es decir, que es facultativo. No obstante, es aconsejable que en todos los casos se establezcan las compensaciones para resguardar los

---

<sup>32</sup> La valuación es una cuestión sumamente importante y delicada, pues de ella depende en gran medida el éxito de la planificación patrimonial sucesoria que se pretende con el pacto sobre herencia futura.

derechos de la totalidad de los legitimarios y evitar controversias, máxime teniendo en cuenta la alta litigiosidad que existe en materia sucesoria.

Por otra parte, la norma alude a los “otros” legitimarios, en clara referencia a los legitimarios que no son beneficiarios o asignatarios del pacto.

¿Con que bienes se debe compensar? En el caso de que la empresa este organizada bajo la estructurada jurídica societaria, consideramos que se debería comenzar con bienes que no sean las participaciones sociales pues generalmente no es intención que los “otros” legitimarios continúen en la sociedad familiar a la muerte del causante.

¿Y qué sucede si el caudal hereditario está conformado únicamente por las participaciones sociales? Una alternativa para hacer frente a la compensación de la legítima –aunque no la más acorde al espíritu de la ley– es destinar parte del patrimonio de la sociedad a la constitución de una nueva (por vía de la escisión). Otra variante es que se satisfaga la legítima en dinero –en un pago o en cuotas– o con bienes de la sociedad, para así no tener que reducir o fraccionar la empresa familiar, como lo permite el Código Civil de Cataluña en su art. 451-11 y el Código Civil de Italia.

¿Se podría efectuar la compensación con bienes que no integren la empresa? Si bien el texto del art. 1010 del CCyC no es claro al respecto, a los fines prácticos consideramos viable que se compense con otros bienes del caudal hereditario que no formen parte de la empresa, hasta inclusive con bienes que no integren el caudal relicto, como por ejemplo, con bienes o dinero de los sucesores de la empresa (favorecidos).

Asimismo, la compensación puede consistir en una renta vitalicia, bonos de goce (art. 228, LGS), opción de venta de las acciones del legitimario que no continuará en la empresa, entre otras

En el caso que la compensación de legítima se difiera en el tiempo, las partes podrán pactar –también– garantías personales o reales, que aseguren el cumplimiento<sup>33</sup>.

Las compensaciones pueden efectuarse en vida del futuro causante o a su fallecimiento.

Lo cierto es que el filtro del pacto sobre herencia futura será la apertura de la sucesión. Recién en este momento se podrá saber el valor actual de la empresa y si las compensaciones son acorde o no a la porción legítima de los legitimarios.

Teniendo en cuenta los efectos perjudiciales que puede tener para la subsistencia de la empresa familiar una compensación incorrecta, injusta o no prevista, es importante resaltar que la planificación de la sucesión plasmada en el pacto se debe realizar de manera integral, regulando el destino de cada uno de los bienes del futuro causante. De este modo, se podrán encajar todas las piezas que entran en juego en el momento de la apertura de la sucesión.

## **XI. La legítima: su afectación y consecuencias**

La legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa, por actos a título gratuito<sup>34</sup>.

Para calcular la legítima no se considera únicamente la herencia, es decir, el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos, no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones<sup>35</sup>.

Tienen porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (cfr. art. 2444, CCyC).

---

<sup>33</sup> ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2º párr., CCyC)”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario-IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza), *Advocatus*, 2016, t. III, p. 1567.

<sup>34</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, 3ª edición, Perrot, Bs. As., 1970, t. II, n° 903, p. 94.

<sup>35</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, cit., t. II, n° 903, p. 94.

El CCyC, en el art. 2445, ha reducido la porción legítima quedando establecida en dos tercios para los descendientes, un medio para los ascendientes, al igual que para el cónyuge que se fija también en un medio.

Sobre el resto, es decir, sobre la porción que no está comprendida en la legítima, el testador puede disponer según su voluntad. Ésta es la porción disponible.

Apunta Fornieles que la legítima y la porción disponible son las dos partes correlativas de un mismo todo, la herencia, y establecer el monto de la una equivale a fijar el de la otra<sup>36</sup>.

Según se advierte, el nuevo Código ha flexibilizado la legítima, otorgando mayor margen a la libertad de disposición del futuro causante; inclusive se puede ampliar si existe un heredero discapacitado (art. 2448, CCyC). Llevando estos conceptos a la figura objeto del presente estudio, en un pacto sucesorio el futuro causante podrá destinar libremente la porción disponible en aras de “conservar la unidad de la gestión empresarial” o de “prevenir o solucionar conflictos”, si así lo requieren las circunstancias o él lo decide (p.ej: disponiendo que el 33,33% de su patrimonio será a favor de uno o alguno de sus descendientes que continuarán con la empresa a su muerte).

Sabido es que la legítima es inviolable e irrenunciable, encargándose el CCyC de protegerla en distintas normas (arts. 2447, 2449 y conc.). El art. 1010 del CCyC también ampara este derecho al expresa que los “pactos son válidos...si no afectan la legítima hereditaria...”

Ahora bien ¿Qué sucede si mediante un pacto sobre herencia futura se afecta la legítima? Esta es una cuestión central de la novel figura.

Alguna doctrina sostiene que la sanción es la nulidad del pacto y la consecuente caída de toda la planificación familiar<sup>37</sup>. No con-

---

<sup>36</sup> FORNIELES, Salvador, Tratado de las sucesiones, 4ª edición, TEA, Bs. As., 1958, p. 98.

<sup>37</sup> VAN THIENEN, Pablo A., “La verdad detrás del pacto de herencia futura y su im(pacto) en las empresas familiares. Un pacto con poco futuro?”, [http://cede.flaw.org/pdf/s/2016\\_62017\\_161\\_7-67.pdf](http://cede.flaw.org/pdf/s/2016_62017_161_7-67.pdf).

cordamos con esta postura, pues va en contra de la finalidad que tuvo el legislador con el art. 1010, 2° párr., CCyC, que es la conservación de la empresa familiar a la muerte del fundador. De modo análogo, esto es lo que persigue el art. 100 de la LGS y los arts. 189 y conc. de la LCQ.

En respuesta a la misma pregunta formulada anteriormente, Romero –a cuya tesis adherimos– sostiene que si la limitación a la legítima no se respeta “ello no da lugar a la nulidad del acto por el que se la haya violado, sino a la reclamación por parte del legitimario afectado a fin de que se le entregue o se le complemente su legítima individual, reduciéndose las disposiciones testamentarias (institución de heredero o establecimiento de legado) o las donaciones...En consecuencia, si interpretamos la mentada disposición contenida en el art. 1010 CCyC, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2° CCyC), arribamos a la conclusión que si el contrato sobre herencia futura no respeta el régimen limitativo de la legítima, entonces los legitimarios afectados podrán reclamar la entrega de su legítima, el complemento o la reducción correspondiente, mas no la nulidad del acto”<sup>38</sup>

En nuestra opinión, existen otros remedios para mantener incólume la legítima, pero la solución no es la nulidad per se del pacto.

En efecto, el legitimario que se ve afectado en su legítima, ya sea por omisión o por recibir menos de lo que le corresponde por ley, podrá ejercer las acciones de entrega de la legítima (art. 2450, CCyC), de complemento (art. 2451, CCyC), de reducción (arts. 2417, 2452, 2453 y sig., CCyC), o de colación (arts. 2385 y sig., salvo la excepción establecida en el art. 2461, última parte, CCyC), según el caso en particular.

En cuanto al legitimario que no ha suscripto el pacto sucesorio, le resulta inoponible por aplicación del principio de los efectos relativos de los actos jurídicos, esto es, que los contratos producen efectos exclusivos entre las partes contratantes, pero no respecto a los terceros (art. 1021, CCyC)<sup>39</sup>. En tal caso, y de resultar afectada

---

<sup>38</sup> ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2° párr., CCyC)”, cit., t. III, p. 1567.

la legítima del legitimario omitido, la consecuencia no es la nulidad del pacto sino la ineficacia (art. 396, CCyC). Y al ser ineficaz (o inoponible) el acto pierde virtualidad jurídica en relación al tercero (en el caso, el legitimario omitido del pacto) pero conserva toda su validez entre las partes. Es decir, aún en el supuesto que analizamos, el acto (pacto) no “cae”, por el contrario subsiste y es válido entre los contratantes, sin perjuicio de que no produce efectos en relación a quien no concurrió a su otorgamiento. En tal virtud, el legitimario afectado puede ejercer las acciones mencionadas anteriormente para recomponer su porción legítima.

Además, cabe acotar que si el legitimario preterido ha participado activamente en la explotación de la empresa o contribuido en su formación, podrá oponerse a la partición solicitando la indivisión forzosa (art. 2333, CCyC) o pedir la atribución preferencial del establecimiento o de los derechos sociales (art. 2380, CCyC).

Distinta es la situación si la legítima es violada en un pacto sucesorio con lesión (art. 332, CCyC) o simulación (arts. 333 a 337, CCyC). En estos supuestos el pacto sería nulo, pero no por afectación de la legítima, sino por un vicio del acto jurídico.

Por último, ha de señalarse que, por la naturaleza misma de la legítima, los herederos forzosos sólo podrán evaluar si su porción ha sido respetada o vulnerada recién después de la muerte del causante. Ello es así, porque hasta el instante mismo de su muerte, el autor de la sucesión puede incorporar bienes a su patrimonio, o bien perderlos o disponer de ellos; de tal modo, el valor del haber relicto (y por ende el del haber líquido) recién se

---

<sup>39</sup> “1- La fuerza obligatoria de los contratos reposa en la voluntad de las partes y, por consiguiente, no puede tener eficacia ni producir efecto alguno respecto a las personas que no han concurrido al otorgamiento de aquellos. 2- Los contratos no producen efecto alguno, ni pueden por consiguiente aprovechar o perjudicar a las personas que no han concurrido al otorgamiento de ellos, ni han estado representadas en su realización, es decir, a los terceros” (CCiv. y Com., Córdoba, sala 5ª, 19/11/1992, “Clérico, Lucía M. y otro c/ Giménez, Oscar y otro”, LLC, 1993-450, Cita Online: AR/JUR/2681/1992).

“cierra” en el momento del fallecimiento del causante. Es más, probablemente tampoco pueda efectuarse el cálculo hasta el momento de la partición, dado que las donaciones efectuadas por el causante se valúan al momento de esa etapa del sucesorio, según el estado de los bienes al momento de la donación[40]. O sea, que la situación de los legitimarios en cuanto a la medida de sus derechos es incierta hasta ese entonces. Por lo que, como dijimos anteriormente, el “filtro” de la validez o corrección de los pactos sucesorios es la apertura de la sucesión.

## **XII. Derechos de los acreedores**

El art. 1010, 2º párr., CCyC, en su última parte dispone que los pactos son válidos si no afectan “...los derechos de terceros”.

Debemos partir de la base que el pacto sucesorio no tiene efectos con respecto a los terceros (arts. 396 y 1021, CCyC). De modo que si el pacto ha sido celebrado en fraude a sus derechos, podrán ejercer la acción revocatoria o pauliana (arts. 338 y conc., CCyC). De igual manera podrán ejercer la acción de simulación si se configuran los recaudos establecidos por la ley (arts. 333, 336 y conc., CCyC).

También los acreedores pueden usar la acción de reducción (arts. 2417 sig., CCyC), por la vía subrogatoria.

## **XIII. Diferencias entre el pacto sucesorio y el testamento. La irrevocabilidad del pacto**

El testamento es un acto unilateral y personalísimo, en el que únicamente concurre la voluntad del otorgante. Por el contrario, los pactos sucesorios son un contrato y como tal, requieren el consenso de los firmantes, lo que implica un acuerdo de voluntades, que no existe en el testamento<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> CABRERA de GARIBOLDI, María del Lujan C., en CURA, José María (dir.) - GARCIA VILLALONGA, Julio César (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, cit., t. VII, p. 322

Además, el testamento es un acto esencialmente revocable (art. 2511, CCyC). Por el contrario, los pactos sucesorios son irrevocables, salvo su modificación o extinción por acuerdo de todos los otorgantes, o por las causales convenidas o las establecidas por ley.

Esa irrevocabilidad del pacto sucesorio es consecuencia necesaria de su naturaleza jurídica contractual: al ser un negocio jurídico que se perfecciona con el acuerdo de dos o más voluntades, se le aplican las reglas de los contratos (y no las disposiciones testamentarias).

De esta manera, los pactos sucesorios se diferencian del testamento, cuya característica es su revocabilidad sin tachas, en que en los pactos se toma la irrevocabilidad como punto de partida, teniendo vocación de estabilidad en el tiempo. Tal característica reviste una gran importancia para la transmisión de la empresa familiar cuando se produce el relevo generacional.

Encontrándonos en el análisis del tema que nos ocupa en el presente capítulo, surge el siguiente interrogante: ¿Qué sucede si lo convenido en el pacto sucesorio está en contradicción con un testamento? Puede ocurrir que las disposiciones consignadas en ambos recaigan sobre los mismos bienes o participaciones societarias pero de modo incompatible entre sí, por ejemplo, en el pacto sucesorio se acuerda que las acciones o cuotas de la sociedad familiar las recibirán determinados beneficiarios a la muerte del futuro causante, y por testamento de éste último se destinan esas mismas acciones o cuotas o una parte de ellas a otros legitimario. Entonces ¿qué acto jurídico tiene validez o prevalece sobre el otro?

Para responder la pregunta se debe distinguir en primer lugar si el futuro causante intervino o no en el pacto sucesorio. A su vez, en el caso de que lo haya suscripto, ver si fue antes o después del testamento.

En el supuesto de que el futuro causante no haya intervenido en el pacto sucesorio, y por acto anterior o posterior testa, tiene validez el testamento por sobre el pacto en virtud de las facultades con que se encuentra investido el testador, de disponer libremente

---

<sup>41</sup> MEDINA, Graciela, “Empresa familiar”, LL, 2010-E-920.

de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas (art. 2462, CCyC). Téngase en cuenta que el futuro causante que no ha sido parte firmante del pacto, no se encuentra obligado o condicionado por el mismo, por lo que válidamente puede disponer de sus bienes por testamento, el cual prevalecerá sobre un pacto sucesorio instrumentado sin su intervención.

Distinta sería la situación si el futuro causante suscribió el pacto sucesorio y luego otorga un testamento. En tal caso, salvo que medie algún vicio nulificante del pacto, el testador no podrá válidamente disponer por ese acto unilateral de voluntad, de lo que ha dispuesto por contrato, desbaratando de tal manera la legítima expectativa del resto de los otorgantes<sup>42</sup>, a quienes se les afectaría su derecho de propiedad respecto a los derechos que resulten del pacto (art. 965, CCyC; arts. 14 y 17, CN). En este caso, el contrato es vinculante para el futuro causante (art. 959, CCyC), rigiendo el principio de buena fe (art. 961, CCyC) y la teoría de los actos propios, pues se pondría en contradicción con su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz<sup>43</sup>. En cambio, si el futuro causante otorgó el testamento con anterioridad a suscribir el pacto sucesorio, sin revocar expresamente aquel en este acto ¿ese testamento correría la misma suerte de las causales en las que la ley presume que ha cambiado la voluntad del testador –revocación tácita–, como en los supuestos de testamento posterior (art. 2513, CCyC) o revocación por matrimonio (art. 2514, CCyC)? Sobre el particular, sostiene Romero que “debe tenerse por revocado a dicho testamento, por aplicación de la regla de la *factia concludentia*”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2º párr., CCyC)”, cit., t. III, p. 1567.

<sup>43</sup> SCBA, Ac. 55783, 21/11/95, “Zoratti, Pedro c/ Cooperativa Provisión de Carniceros s/ cobro de honorarios”, DJBA, 150-51; CSN, causa Z 36 XXIII, “Zambrano, Luis María c/ Saravia, José Manuel y otros”, 16/2/93.

<sup>44</sup> ROMERO, Raúl J., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (Art. 1010, 2º párr., CCyC)”, cit., t. III, p. 1567.

#### **XIV. Modificación y extinción del pacto**

Conforme vimos anteriormente, la irrevocabilidad es una nota característica de los pactos sucesorios. Sin embargo, se pueden modificar, total o parcialmente, mediante acuerdo de todos los firmantes del pacto.

Asimismo, el pacto se puede extinguir por los mismos modos que los contratos en general, v.gr.:

1. Por decisión de todos los sujetos otorgantes del pacto. Así, por mutuo consentimiento, las partes lo pueden dejar sin efecto.
2. Por incumplimiento de las condiciones impuestas en el pacto. Nada impide que el futuro causante establezca condiciones resolutorias o suspensivas (arts. 343 y sig., CCyC) o plazos (art. 350, CCyC), para garantizar o reforzar el cumplimiento del pacto por parte de los legitimarios beneficiarios. Ante su incumplimiento por éstos, el futuro causante lo puede dejar sin efecto debiendo notificar al resto de los otorgantes.
3. Por imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956, CCyC).
4. Por frustración de la finalidad del pacto (art. 1090, CCyC).
5. Por excesiva onerosidad sobreviniente o aplicación de la teoría de la imprevisión (art. 1091, CCyC).
6. Por configuración de las nulidades previstas en el CCyC.
7. Por causas pactadas expresamente en el pacto.

#### **XV. Conclusiones**

Consideramos positivo que el legislador haya introducido en el art. 1010, 2º párrafo, del CCyC, el pacto sobre herencia futura pues

constituye un instrumento útil para la planificación de la sucesión y el traspaso de la empresa familiar a la siguiente generación, procurando su continuidad y evitando conflictos entre parientes.

No obstante, muchas son las dudas interpretativas y los interrogantes que se plantean con la nueva figura. Por ende, por ahora solo caben apreciaciones y conclusiones provisionarias hasta tanto veamos cómo se desenvuelve en la práctica y recaigan fallos que traten el asunto. Solo la evolución del instituto en el tiempo nos dirá si es verdaderamente eficaz (o no) para su implementación en nuestro país.

**El protagonismo del Ministerio Público Fiscal de la Provincia  
de Mendoza a partir de las reformas de la Ley Orgánica**

AB. MGTER. PABLO GUIDO PEÑASCO



## I. Ministerio Público Fiscal, Ubicación Institucional

La ley orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Mendoza n° 8008, ha sido reformada por Ley 8911 (del año 2016), en función y sintonía con de distintas reformas efectuadas al CPP, mediante la incorporación de principios y funciones que aspiran a darle un protagonismo fundamental a los representantes del MPF en el proceso penal y una marcada intervención en materia de política criminal de la Provincia, afianzando los principios acusatorios.

La Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994 estableció en su art. 120, expresamente la existencia del Ministerio Público como órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, remarcando sus objetivos y organización general<sup>1</sup>.

En la Provincia de Mendoza el Ministerio Público tiene sustento constitucional en los artículos 143, 150, 155, 163 y normas relacionadas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> C.N. Artículo 120.- El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

<sup>2</sup> C.M. Art. 143° - La Suprema Corte de Justicia se compondrá de 7 miembros por los menos y habrá un procurador para ella, pudiendo dividirse en salas para conocer en los recursos determinados por esta Constitución y la ley.

La composición de los restantes tribunales indicados en el artículo anterior, será fijada también por la ley.

Las antigüedades profesionales requeridas por los arts. 152 a 155 de esta Constitución, para ser magistrados o funcionarios del Poder Judicial, salvo el caso de los nativos de la Provincia, deben referirse al ejercicio de la abogacía o a servicios prestados en la magistratura local.

La nueva ley 8911 constituye una norma de avanzada con respecto a su antecesora ley 8008 y se ajusta con mayor rigor a los parámetros del art. 120 de la C.N., e incluso (me atrevo a decir), agrega notas superadoras de su conformación y funcionamiento con relación al Organismo Nacional. Define al MPF como un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financiera y presupuestaria. Esta definición marca la presencia del importante organismo público al que le confiere independencia funcional y presupuestaria, aunque se desarrolla den-

---

Las antigüedades profesionales requeridas por los arts. 152 a 155 de esta Constitución, para ser magistrados o funcionarios del Poder Judicial, salvo el caso de los nativos de la Provincia, deben referirse al ejercicio de la abogacía o a servicios prestados en la magistratura local.

C.M. Art. 150° - Los miembros de la Suprema Corte, procurador de ella, miembros de las cámaras de apelaciones, jueces, fiscales y defensores, serán nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

C.M. Art. 152° - Para ser miembro de la Suprema Corte y procurador de ella se requiere:

1 - Haber nacido en territorio argentino o ser hijos de padres nativos, habiendo optado por la ciudadanía de sus padres, si hubiere nacido en territorio extranjero.

2 - Haber cumplido 30 años de edad y no tener más de 70.

3 - Ser abogado con título de universidad nacional y con 10 años de ejercicio de la profesión u 8 de magistratura.

C.M. Art. 155° - Para ser fiscal de primera instancia, asesor de menores, defensor de pobres y ausentes y juez de paz letrado se requiere: ciudadanía en ejercicio, título de abogado de facultad nacional y un año de ejercicio en la profesión o empleo en la magistratura, para el que se requiere la calidad de abogado.

C.M. Art. 163° - Los miembros de la Suprema Corte y el procurador de ella serán enjuiciables en la misma forma que el gobernador de la Provincia y pueden ser acusados por cualquier habitante de ésta, que goce de la plenitud de sus derechos civiles.

tro del poder judicial. Al mismo tiempo resalta que la actuación de la justicia será promovida por él, defendiendo la ley y bienes jurídicos que las normas constitucionales y convencionales protegen con el rango de derechos fundamentales de las personas, garantías de convivencia, intereses generales de la sociedad. La función de promover la actuación de la justicia implica la asignación de una responsabilidad mayor en defensa en las leyes e intereses sociales, para lo que cuenta con iniciativa propia para actuar (actuación de oficio), sin necesidad que otros órganos públicos lo obliguen. Promover significa iniciar, generar, dar comienzo, en definitiva, acciona ante los organismos jurisdiccionales para resguardar el cumplimiento de la ley y tutelar los derechos e intereses generales de la comunidad. Así, el MPF tiene rango constitucional, desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, pero es independiente funcionalmente con respecto a los órganos jurisdiccionales como de los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo).<sup>3</sup>

Para el cumplimiento de sus funciones se logró autonomía financiera, funcional y presupuestaria mediante la asignación de un porcentaje de recursos sobre tasas y partidas del presupuesto anual (ver ley 8911 art 1 y concordantes, Provincia de Mendoza).

La independencia del MPF se destaca en la redacción del art. 1 de la ley 8911, como un importante avance comparativo con respecto a la organización del MP de la Nación y respecto de la ley provincial anterior (8008), que no contenía estas notas distintivas. Su independencia se consolida con los demás avances reconocidos en la reforma por ley 8911, mediante la administración de su propio presupuesto, rindiendo cuentas en forma directa al Tribunal de Cuentas de la Provincia, disponiendo de recursos de la recaudación según lo previsto. Tiene autonomía funcional determinada en razón de las atribuciones conferidas por la Constitución de Mendoza; de la propia ley 8008 reformada por la ley 8911 e incluso por las propias resoluciones de carácter general que al efecto dicte el Procurador General en el marco de las leyes. También se destaca su autonomía funcional mediante la actuación coordinada con las

---

<sup>3</sup> El Ministerio Público Fiscal: Arocena, Gustavo y Balcarce, Fabián, Compiladores, Editores Del Puerto, Bs. As. 2009, p. 49

demás autoridades de la provincia, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura, en tanto que todo funcionario o autoridad del estado provincial está obligado a prestarle colaboración sin demora y a proporcionar los documentos e informes que le sean pedidos, e incluso también los organismos e instituciones privadas deben cumplir esta obligación (art. 6 ley 8008 reformada por ley 8911).

Como otra nota indicativa de la autonomía y para garantizar su independencia, el art. 20 de la ley 8911 consagra la estabilidad e inmunidades de los Magistrados del Ministerio Público Fiscal, quienes gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta. No podrán ser arrestados, excepto en caso de ser sorprendidos en flagrante delito. Están exentos del deber de comparecer a prestar declaración como testigos ante los Tribunales, pudiendo hacerlo si esa fuera su voluntad. En su defecto deberán responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones correspondientes. No podrán ser condenados en costas en las causas en que intervingan como tales. Esta norma es concordante con lo previsto por la C.M., ya que ambas reconocen el rango de magistrados de los Fiscales y con ello la estabilidad e inmunidad, salvo que le fueren suspendidas por los procedimientos constitucionales y legales previstos.

## II. Composición

Conforme lo previsto por el art. 2 de la ley 8008 sustituido por ley 8911<sup>4</sup>, el Procurador General es el Superior Jerárquico de los Ma-

---

<sup>4</sup> Art. 2° - Composición General. El Procurador General es el superior jerárquico de los Magistrados, y Funcionarios que desempeñan el Ministerio Público Fiscal. Integran el Ministerio Público Fiscal: Magistrados: 1) Los Fiscales Adjuntos. 2) Los Fiscales de Cámara. 3) Los Fiscales de Instrucción, Fiscales en lo Penal de Menores, Fiscales en lo Civil, Comercial, Minas y de Paz. 4) Los Fiscales Correccionales. Funcionarios: 5) El Coordinador General y el Administrador Financiero. 6) Los Abogados Oficiales de la Oficina de Querellantes Particulares. 7) El Secretario Ge-

gistrados y Funcionarios que desempeñan el Ministerio Público Fiscal. Esta norma determina dos aspectos para destacar: 1.- Que el magistrado responsable a cargo del MPF es el Procurador General de la SCJMza., en función de lo establecido por los arts. 143 y 152 de la C.M.- 2.- Que es el Superior Jerárquico de los Fiscales y funcionarios que integran el organismo.

Entre los magistrados, se ha determinado que el MPF está compuesto por 1) Fiscales Adjuntos; 2) Fiscales de Cámara; 3) Fiscales de Instrucción, Fiscales en lo Penal de Menores, Fiscales en lo Civil, Comercial, Minas y de Paz; 4) Los Fiscales Correccionales.

Respecto a Funcionarios que lo integran, son los siguientes: 5) El Coordinador General y el Administrador Financiero. 6) Los Abogados Oficiales de la Oficina de Querellantes Particulares. 7) El Secretario General de la Procuración y los Abogados Auxiliares de la Procuración.

Como Órganos Auxiliares, se ha establecido que lo componen: 8) Los Ayudantes Fiscales. 9) Los Secretarios y Prosecretarios de Fiscalías de Cámara y de los Agentes Fiscales. 10) El personal administrativo. 11) Los integrantes de la Policía Judicial. 12) Los integrantes del Cuerpo Médico Forense.

La reforma legislativa en este artículo es importante y sustancial comparativamente con relación al anterior, donde se resalta la división entre el MPF y el Ministerio Público Pupilar y de la Defensa, luego regulado por ley 8928, toda vez que el MP de la Defensa y Pupilar ya no integra el MPF.

La composición del MPF abarca a los Fiscales Adjuntos, de Cámara, de Instrucción, en lo Penal de Menores, en lo Civil, Comercial, de Minas y de Paz. Suprimió a lo que antes se denominaba Fiscales en lo Tributario y del Trabajo.

También integran el MPF los Fiscales Correccionales cuya denominación cambió, porque según ley 8008 eran fiscales en lo correccional.

---

neral de la Procuración y los Abogados Auxiliares de la Procuración. Organos Auxiliares: 8) Los Ayudantes Fiscales. 9) Los Secretarios y Prosecretarios de Fiscalías de Cámara y de los Agentes Fiscales. 10) El personal administrativo. 11) Los integrantes de la Policía Judicial. 12) Los integrantes del Cuerpo Médico Forense.

Con respecto a los Abogados Oficiales de Querellantes Particulares previstos en el art. 2 inc. 5 de la ley 8008, la nueva norma no los menciona, sin embargo conforman el cuerpo de abogados auxiliares de la Procuración según el art. 30 de la nueva ley, y son mencionados por el art. 2 inc. 6 como “Abogados Oficiales de la Oficina de Querellantes Particulares”.

La nueva redacción del art. 2 integra el MPF con los funcionarios detallados, además del Coordinador General, el administrador financiero, el Secretario General de la Procuración y sus abogados auxiliares, lo que tiene mayor claridad sistemática al remarcar la composición del mismo. Finalmente establece que son órganos auxiliares del MPF a los detallados en los incisos 8 a 12 del art. 2, quienes no se habían mencionado en la anterior redacción.

Lo dispuesto tiene implicancia directa respecto de la vigencia del sistema acusatorio y es el resultado de una adecuación sistemática de las dependencias y personal que se mencionan como integrantes del MPF, de manera acorde con las funciones esenciales de investigación, ejercicio de la acción penal y acusación a su cargo, debido a que están bajo su dependencia y conformación, los integrantes de la policía judicial y del Cuerpo Médico Forense.

A modo de conclusión, podemos resaltar tres puntos destacados en la composición del nuevo MPF de la Provincia de Mendoza: Que se fortalece al Procurador General como superior jerárquico de los Magistrados y Funcionarios; que el Ministerio Público y Pupilar no forma parte del MPF y que dentro de este último están los integrantes de la policía Judicial y del Cuerpo Médico Forense, lo que constituye una nota distintiva de su rol en la investigación del delito (esto último ya estaba contemplado por ley 8008).

### **III. Principios que regulan su desempeño**

Si bien los principios se encuentran expresamente previstos en el art. 3 de la L.O.M.P<sup>5</sup>., del análisis general de la norma se pueden

extraer otros dispersos en la misma. Lo fundamental es que ejercerá sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad.

### *3.1.- Unidad de actuación:*

El inciso 1 del art. 3 se ocupa de establecer que el Ministerio Público Fiscal es uno y será representado por cada uno de sus integrantes en los actos y procesos en que actúen de manera unipersonal o conjuntamente. Esto señala que los representantes del MPF en los procesos penales deberán actuar considerando su unidad: es decir que cada fiscal representará al MP mediante su actuación, ergo: cada Fiscal en

---

<sup>5</sup> Artículo 3º - Sustitúyase el Artículo 3º de la Ley N° 8.008, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 3º- Principios que regulan su actuación.

Ejercerá sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad.

1) Unidad de actuación: el Ministerio Público Fiscal es uno y será representado por cada uno de sus integrantes en los actos y procesos en que actúen de manera unipersonal o conjuntamente.

2) Dependencia jerárquica: se organiza jerárquicamente y cada magistrado controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión que tiene a su cargo.

3) Legalidad y oportunidad: el Ministerio Público Fiscal ejercerá, con arreglo a la presente Ley y los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, la acción penal y requerirá la justa aplicación de la ley, sin perjuicio de solicitar a los tribunales la suspensión total o parcial de la persecución penal en los casos que sea procedente con arreglo a los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o en perjuicio de la Administración Pública.

4) Objetividad: el Ministerio Público Fiscal actuará de un modo objetivo, fundado en el interés social y en la correcta aplicación de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales, de la Constitución Provincial y de las leyes.”

lo técnico y desempeño funcional, goza de independencia, pero debe respetar el principio de unidad de actuación, lo que implica que la existencia de pluralidad de posiciones en su propio seno debe ser unificada por los criterios generales de las instrucciones que se impartan. Por lo tanto, la unidad de actuación tiene directa relación con la estructura y el orden jerárquico del MPF.

Este principio tiende a dotar de agilidad y eficacia a la persecución penal; así, por ejemplo, si en un mismo proceso intervienen un Ayudante Fiscal, luego un Fiscal de Instrucción, posteriormente un Fiscal de Cámara, es decir una pluralidad de integrantes del MPF que pueden tener una distinta mirada, punto de vista del caso o una posición incluso ideológica que se proyecte en lo jurídico y que sean diferentes entre sí, todo ello puede provocar actos de desempeño de la función del Ministerio Público que sean contradictorios o perjudiquen al proceso en cuanto a la celeridad o para su resolución definitiva. Por ello se ha sostenido que las funciones investigativas y acusatorias que tiene asignado el Ministerio Público hace que resulte necesario y racional dotarlo de una estructura y organización que asegure la unidad de actuación, para cumplir con eficiencia, eficacia y efectividad las políticas de persecución penal...<sup>6</sup>

El principio de unidad de actuación se relaciona con la dependencia jerárquica, porque si un Fiscal de Instrucción, en un caso concreto, tiene un criterio distinto al Fiscal de Cámara, deberá respetar este último o cumplirlo obligatoriamente según corresponda. Para el caso que dos Fiscales de Instrucción que hubieren intervenido en un mismo proceso, tuvieren criterios encontrados, sin que fuere acordado entre los mismos el que será de aplicación, podrán solicitar directivas o instrucciones particulares a los Fiscales Coordinadores autorizados para ello, los que a su vez deberán ajustarse a los criterios de política criminal de persecución penal dictados por el Procurador General de la SCJMza, expuestos en las Resoluciones Generales. “La unidad de actuación del cuerpo fiscal no solo es necesaria sino imprescindible para lograr la eje-

---

<sup>6</sup> Antolín Almirón, Hugo: Ministerio Fiscal y Policía Judicial, en Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales, José I. Cafferata Nores, Compilador, E. Mediterránea, Cba. 2010, p. 45.

cución adecuada de las políticas de persecución penal que se establezcan desde su cúspide”<sup>7</sup>

### 3.2. Dependencia jerárquica:

El MPF se organiza jerárquicamente y cada magistrado controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión que tiene a su cargo.

Conforme se ha expuesto en el tratamiento del principio de unidad de actuación, el principio de dependencia jerárquica permite y posibilita que el MPF se desempeñe en función de las pautas generales de actuación diseñadas por el Procurador General, mediante las resoluciones generales que puede dictar con carácter obligatorio para sus integrantes y respecto de las cuales, en caso de incumplimiento y/o desobediencia, tiene facultades disciplinarias.

Se vinculan con el principio en análisis, lo previsto por el art. 13 que establece que los integrantes del Ministerio Público Fiscal, sin distinción de jerarquías, deberán observar en el desempeño de sus funciones los principios de flexibilidad, trabajo en equipo y responsabilidad compartida en relación con el resultado de la gestión, todo en aras del logro de la mayor eficacia de la función y mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales.

Completa este principio de actuación y de organización de dependencia jerárquica, el poder disciplinario previsto por el art. 22 que establece: El Procurador General tendrá las facultades disciplinarias establecidas por el Artículo 28 inc. 21, sobre todos los miembros del Ministerio Público Fiscal. La norma citada dispone que en el inc. 16 que El Procurador General es la máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal de la Provincia. Son sus deberes y atribuciones: ...16) Ejercer la Superintendencia General sobre el Ministerio Público Fiscal con todas las potestades administrativas, reglamentarias, disciplinarias y de contralor inherentes a la misma. ...21) En materia disciplinaria atenderá las quejas que ante él se promuevan por la inacción o retardo de despacho de los

---

<sup>7</sup> Antolín Almirón, ob cit. P. 45.

miembros del Ministerio Público Fiscal, debiendo instarlos al cumplimiento de su deber, fijarles término para su expedición y, aplicar el régimen disciplinario conforme al Reglamento del Ministerio Público Fiscal, siempre que no constituya causal de Jury de Enjuiciamiento.

Sin perjuicio de ello, el Procurador General podrá aplicar a todos los empleados y funcionarios del Ministerio Público Fiscal las sanciones que eventualmente pudieran corresponder, conforme al Estatuto del Empleado Público de la Provincia y Reglamento del Ministerio Público Fiscal.

### *3.3. Principio de Legalidad y Oportunidad:*

En este punto también la ley 8911 ha innovado y ampliado con relación a la anterior, actualizando las pautas de actuación del MPF de Mendoza a las reformas del derecho penal y procurando facultarlo para dar respuestas que promuevan la actuación de la justicia según los requerimientos actuales de la realidad criminal y delictiva. En ese orden establece que el Ministerio Público Fiscal ejercerá, con arreglo a la presente Ley y los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, la acción penal y requerirá la justa aplicación de la ley, sin perjuicio de solicitar a los tribunales la suspensión total o parcial de la persecución penal en los casos que sea procedente con arreglo a los principios establecidos en el Código de Procedimiento Penal de Mendoza, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones o en perjuicio de la Administración Pública.

Es decir que si bien consagra el principio de legalidad en cuanto al ejercicio de la acción penal a su cargo, lo hace comprendiendo lo previsto por el CPP, y a modo ampliatorio se destaca que la ley 8008 reformada por ley 8911, autoriza la aplicación de criterios de oportunidad procesal marcando expresamente la imposibilidad de hacerlo para los casos de delitos que aparezcan cometidos por empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o en perjuicio de la administración pública.

Cabe resaltar que el Sr. Procurador General se ha pronunciado sobre este punto mediante el dictado de la resolución n° 717/16 que establece criterios generales y determina en concreto los casos en los cuales el MPF no prestará conformidad o dictaminará por el rechazo de aplicación de criterios de oportunidad según se indica en su parte pertinente. Así, entre sus fundamentos, la resolución en comentario dice que sin perjuicio de la vigencia del principio de legalidad que se desprende del art. 8 de nuestro CPP, en armonía con el art. 71 del CP, el ordenamiento ritual, también autoriza al Ministerio Público a instar la aplicación de criterios de oportunidad en la forma que lo reglamentan los arts. 26/ 32 CPP, con el objeto de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho en procura de restaurar la armonía social entre sus protagonistas. Refiere la resolución que este cometido se ve también reflejado en las recientes modificaciones introducidas por el Honorable Congreso de la Nación, mediante la sanción de la Ley 27.147 (B.O. 18/06/15), y el ya sancionado CPPN Ley 27.063 (BO 10/12/14) cuya vigencia se encuentra postergada, y que contempla la disponibilidad en el ejercicio de las acciones penales, permitiendo inclusive la conversión de la acción pública en privada en determinados casos, lo que posibilita determinar políticas de persecución penal más eficaces en aras a los intereses sociales preponderantes y que mayor alarma y daño generan en la población. De este modo, y conforme la doctrina pacífica y mayoritaria en la materia, la legislación nacional implica la determinación de un estándar mínimo de derechos, que las provincias deben acatar por aplicación del art. 16 de nuestra Carta Magna, en respeto al principio de igualdad ante la ley. Que en igual sentido lo ha consagrado la Ley 8.911, al imponer como tarea del Ministerio Público Fiscal la solución del conflicto, aspecto al que se refiere en numerosas oportunidades en su articulado- Que... atendiendo al principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal se torna imperativo, a fines de reducir los márgenes de discrecionalidad propios de los operadores jurídicos, establecer parámetros claros y precisos a fin de establecer las circunstancias en que resulta aconsejable que el órgano persecutor intente tempranamente solucio-

nar, de manera eficiente algunos hechos que generan conflictos de intereses en miras a su resolución pacífica y armónica de los mismos.

Otro fundamento para destacar de la resolución en comentario dice que “en tal inteligencia, esta alternativa (aplicar criterio de oportunidad) no sólo debe ser puesta en conocimiento del imputado y su defensor, sino también y principalmente, debe ser informada a la víctima del hecho, toda vez que en un significativo número de causas, la dilación de las mismas por el cúmulo y desarrollo normal del proceso penal, conllevan a una demora innecesaria que suspende el conflicto en el tiempo sin resolverlo, generando en ocasiones situaciones de mayor conflictividad social, perjuicios económicos, dificultades laborales y demás situaciones particulares que deben ser atendidas, sin menoscabar por ello la obligatoria actuación oficiosa del estado por tratarse de acciones penales públicas.

A tales fines, los Señores Ayudantes Fiscales y los Señores Fiscales de Instrucción, siempre y en la primera oportunidad en que les corresponda intervenir, harán conocer esta alternativa al sospechado de criminalidad en la oportunidad de los arts. 318 y 271, y a la víctima al momento de recepcionársele denuncia o testimonio si la causa se ha iniciado de oficio, arts. 326 y 231/232, en concordancia con los arts. 7, 92 y 108, todos del CPP, en relación a cada una de las partes respectivamente, en lo referente a la vigencia de los institutos de conciliación o reparación integral del perjuicio (inc. 6, art. 59 CP). Que en razón de los argumentos de hecho y de derecho expuestos, el Señor Procurador General, resolvió reglamentar la aplicación de los principios de oportunidad circunscritos a los siguientes supuestos:

Procedencia en relación al:

A) Hecho:

1.- Que no se trate de casos de violencia de género, o los afectados sean menores de 13 años de edad, art. 25 Código Civil.

2.- Que no se trate de hechos que puedan comprometer el interés o el orden público,

3.- Que no hayan causado la muerte o puesto en riesgo la vida de la víctima.

4.- Que no se hayan utilizado medios idóneos para generar un peligro común, ni armas de fuego.

5.- Que no aparezca cometido en perjuicio de la administración pública provincial, y /o haya afectado el normal desenvolvimiento de los poderes públicos en cualquiera de sus esferas.

#### B) Imputado:

1.- Que no revista la calidad de reincidente en los términos del art. 50 C.P.

2.- Que no se le haya concedido el instituto que solicita, o se haya declarado la extinción de la acción penal en un período inferior a un (1) año, de conformidad con los inc. 6 y 7. del art. 353 CPP y 59 inc. 6 CP.

3.- Que en relación al hecho investigado no revista el carácter de funcionario público en los términos del art. 77 3er párrafo CP, siempre que se sospeche que el mismo se ha cometido en ejercicio de sus funciones o abusando o valiéndose de su cargo.

4.- Que no se encuentre judicialmente sometido a medidas de seguridad curativas o educativas establecidas en la legislación nacional de estupefacientes (Ley 23.737) o salud mental (Ley 26.657).

#### C) Víctima:

1.- Que su consentimiento sea prestado exclusivamente ante los órganos competentes del Ministerio Público Fiscal, de manera libre y voluntaria.

2.- Que la reparación ofrecida resulte integral, conforme a sus propios intereses, o la conciliación se efectivice bajo las condiciones que acepte, todo lo que quedará debidamente detallado de manera sucinta en la conformidad que oportunamente preste el representante del Ministerio Público en su dictamen, conforme lo ordenado por el art. 167 CPP.

3.- En los casos en que la reparación o conciliación se estipulen plazos, los mismos no podrán superar los cuatro (4) meses, luego de lo cual, el Fiscal interviniente deberá corroborar sumariamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado, art. 26 inc. 2<sup>a</sup> CPP, después de 1 o cual requerirá la audiencia que prevé el art. 362 CPP a los efectos de solicitar el sobreseimiento ante el órgano jurisdiccional.

4.- Si la víctima fuese mayor de 13 años y menor de 18, o incapaz, y careciere de representantes legales, tutor o guardador de hecho, se dará intervención a la Asesoría de Menores e Incapaces a efectos de garantizar su representación promiscua conforme las previsiones de la Ley provincial 6.354.

A modo complementario, el art. 12 de al LOMP establece que El Ministerio Público Fiscal podrá propiciar y promover la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación, que permitan la solución pacífica de los conflictos, con noticia de cada una de las partes interesadas y de la víctima o damnificado, que en caso de desacuerdo, podrá solicitar la conversión de la acción pública en privada, en los casos que la legislación así lo autorice, a excepción de los delitos que aparezcan cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, o en perjuicio de la administración pública”.

### *3.4. Objetividad:*

El Ministerio Público Fiscal actuará de un modo objetivo, fundado en el interés social y en la correcta aplicación de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales, de la Constitución Provincial y de las leyes.

#### IV. Funciones generales

Entre otras funciones y obligaciones, la L.O.M.P. destaca que los Fiscales tienen la obligación de dar información pública del ámbito de su competencia y con las salvedades que prevé el art. 7<sup>8</sup>, resguardando la privacidad y seguridad de las personas, el secreto de sumario u otros asuntos que requieran reserva. Se ha establecido que promoverá la permanente capacitación y especialización de todos sus miembros (art. 8), que efectuarán las visitas pertinentes a los establecimientos penitenciarios (art. 9), la celebración de convenios y acciones de cooperación e integración (art. 10).

Corre a su cargo con el asesoramiento a la víctima de delitos conforme lo establece el art. 11, debiendo orientarla y solicitar la intervención del P.E. en casos que requiera protección y asistencia tanto la presunta víctima como testigos (ver art. 11).<sup>9</sup>

Como otra innovación que incorpora la reforma legislativa es que el Procurador General designará a los Fiscales Adjuntos entre los Fiscales de Cámara que ya cuenten con acuerdo del Senado

---

<sup>8</sup> Art. 7° Información pública. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal deberán dar información del ámbito de su competencia, salvo cuando ello afecte la privacidad o la seguridad de las personas, o los asuntos públicos que requieran reserva, o comprometan la eficacia y el trámite de las investigaciones en curso.

En los casos que corresponda secreto de sumario o reserva de las actuaciones, su violación habilitará la imposición de sanciones disciplinarias. En caso de reiteración podrá constituir causal de imputación de mal desempeño conforme lo dispone el Artículo 164 de la Constitución Provincial.

<sup>9</sup> “Art. 11 - Asistencia a la víctima y protección a testigos.

El Ministerio Público Fiscal asesorará a la víctima, garantizando sus derechos y facultades establecidos en las leyes, derivándola a los órganos competentes con que cuente el Poder Ejecutivo a fin de proteger a quienes revistan el carácter de víctimas, testigos o hayan colaborado con la Administración de Justicia y por tal motivo corran peligro de sufrir algún daño.”

(art. 14), en tanto que el art. 19 amplía las posibilidades del Procurador para designar Fiscales sustitutos<sup>10</sup>.

#### 4.1. Instrucciones generales y particulares:

Conforme se indicó, el Procurador General podrá impartir a los restantes miembros del MPF las instrucciones generales convenientes al servicio y al ejercicio de sus funciones; atribución que constituye una herramienta fundamental para el dictado de los lineamientos de política criminal a cargo del Procurador General. Cabe destacar que no se trata de directivas en particular para cada caso concreto, sino de carácter genérico.<sup>11</sup> La política criminal

---

<sup>10</sup> “Art. 19 Fiscales sustitutos. En caso de renuncia, muerte, destitución o licencia prolongada, el Procurador General podrá designar, en forma interina Fiscales sustitutos. La elección del Fiscal sustituto se realizará conforme el siguiente orden:

- 1) Entre los miembros del Ministerio Público que aprobaron las evaluaciones para el cargo ante el Consejo de la Magistratura.
- 2) Miembros del Poder Judicial que aprobaron las evaluaciones para el cargo ante el Consejo de la Magistratura.
- 3) Abogados de la matrícula que aprobaron las evaluaciones para el cargo ante el Consejo de la Magistratura.
- 4) Funcionarios del Ministerio Público que reúnan los requisitos constitucionales para el cargo vacante a cubrir.

La designación interina del Magistrado Sustituto durará hasta que se cubra la vacancia por el Consejo de la Magistratura o se reintegre el titular de su licencia. No obstante, puede prorrogarse el interinato por un (1) año más, en forma fundada una vez transcurrido el primer año desde la designación en tal carácter. En ningún caso podrá exceder el plazo de dos (2) años.

Producida la vacante se comunicará tal situación al Consejo de la Magistratura, a fin de que llame a concurso para cubrir el cargo que corresponda.”

<sup>11</sup> Art. 23 Instrucciones generales y particulares. El Procurador General podrá impartir a los restantes miembros del Ministerio Público Fiscal las instrucciones generales convenientes al servicio y al ejercicio de sus

conforme lo enseña Esteban Righi, se relaciona con la obtención y realización de criterios en el ámbito de la prevención y en su caso de la represión de la criminalidad, se trata de un sector objetivamente delimitado de la política general del estado, siendo uno de sus cometidos configurar un derecho penal eficaz para la protección de la sociedad, lo que requiere preservar un equilibrio entre el derecho de coerción y el ámbito de libertad de los ciudadanos.<sup>12</sup> Acentuando la claridad, enseña el Maestro Prof. Julio Lascano (h), partiendo de las enseñanzas del Dr. Ricardo Núñez, que la política criminal se refiere a los criterios a emplear para abordar el fenómeno de la criminalidad y tiene por finalidad adecuar la legislación penal a las necesidades de defensa de la sociedad frente al delito, mediante la configuración del elenco de los delitos, las penas y las medidas de seguridad y las reglas que los rigen, así como el mejoramiento del procedimiento penal y de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad y corrección.<sup>13</sup> En la dirección marcada, la política criminal tiende a mejorar la legislación penal y procesal; tomando como referencia los aportes de la criminología, jurisprudencia, doctrina penal, régimen carcelario, y cuantas disciplinas puedan favorecerla. Luego, Carlos Chiara Díaz<sup>14</sup> completa la idea al decir que la política criminal implica tres modelos centrales: 1.- El modelo autoritario; 3.- El modelo liberal y 3.- El modelo igualitario; y que a estos tres modelos se le suman discursos político criminales en particular, como lo son: la administrativización del derecho penal; el derecho penal de emergencia; la tolerancia cero; el panpenalismo; la expansión del derecho penal o derecho penal de segunda velocidad, el derecho penal

---

funciones. Los miembros del Ministerio Público Fiscal podrán impartir a sus subordinados de acuerdo a sus atribuciones, las instrucciones particulares necesarias para el cumplimiento adecuado de sus funciones.

<sup>12</sup> Righi, Esteban: Derecho Penal Parte General, 2da edición actualizada de Abeledo Perrot, 2016, páginas 21 y 22, Buenos Aires, Argentina.

<sup>13</sup> Lascano, Julio y otros: Derecho Penal Parte General, Libro de Estudio, Ed. Advocatus, Córdoba 2005, pág. 56.

<sup>14</sup> Chiara Díaz et al, Derecho Penal Parte General, editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

del enemigo o derecho penal de tercera velocidad y el neopunitivismo.

El art. 28 de la L.O.M.P., establece que entre los deberes y atribuciones del Procurador General, le compete diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, debiendo impartir para ello las instrucciones generales que correspondan, en particular las referidas a los institutos de derecho sustantivo y procesal necesarios a tal fin, o cuya aplicación genere controversia, debiendo reglamentar la delegación del ejercicio de la acción penal por parte de los integrantes del MPF; en tanto que el inciso 8 del artículo citado confirma nuevamente la atribución para impartir las instrucciones generales y particulares necesarias para efectivizar principios de actuación y las funciones del MPF.

La legislación le reconoce a la autoridad máxima del MPF esta atribución para posibilitar que, mediante estos instrumentos, se oriente la actividad de los integrantes del MPF hacia los objetivos que determine y se unifiquen criterios en función de éstos, así se consolida la unidad de actuación del organismo. En la práctica el Procurador General ha dictado variadas resoluciones en tal sentido (por ejemplo la Resolución 717/2016 sobre principio de oportunidad comentada anteriormente; Resolución 396/2016 respecto a Huellas Genéticas Digitalizadas; resolución 421/2016 que habilitó las Denuncias penales por internet de autores desconocidos; Resolución 419/2016 que contiene directivas generales respecto de personas detenidas, entre otras). Cabe destacar que también se podrá requerir el dictado de instrucciones generales pertinentes cuando exista controversia sobre la interpretación de uno o más institutos de derecho sustantivo o procesal, en cuyo caso los magistrados del MPF podrán requerirle pronunciamiento al Procurador General.

Con relación a las instrucciones particulares, se establece que los miembros del MPF podrán impartir a sus subordinados de acuerdo a sus atribuciones, las instrucciones particulares necesarias para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Éstas se refieren a directivas concretas de casos en particular, como por ejemplo cuando el Fiscal de Instrucción las imparte al Ayudante Fiscal. Las instrucciones particulares pueden ser originadas me-

diante el procedimiento de consulta a los Fiscales Adjuntos, previsto por el art. 24 que dispone en su parte de interés que: cuando los asuntos en que intervenga el Ministerio Público Fiscal revistan especial gravedad, aparezcan cometidos por un funcionario o empleado público, o vinculados a criminalidad organizada, o presenten dificultades particulares, el Agente Fiscal actuante deberá consultar a los Fiscales Adjuntos, quienes impartirán las instrucciones particulares pertinentes.

Finalmente sobre este punto, se destaca la previsión del art. 25 de la LOMP en cuanto dispone que las instrucciones generales y particulares serán de cumplimiento obligatorio para los Magistrados y Funcionarios a quienes estuvieran dirigidas. La norma contempla el caso que el funcionario o magistrado considere que la instrucción es inconveniente, en cuyo supuesto lo hará saber a quién emitió la instrucción mediante informe fundado.

Si éste insistiese en la conveniencia de la misma (es decir el Magistrado que la dictó), el inferior deberá cumplirla, pudiendo dejar sentada su posición personal en desacuerdo. Cuando la actividad fuera impostergable deberá cumplirla, sin perjuicio del trámite de la objeción. Con estas disposiciones, se confirman los principios de unidad de actuación y orden jerárquico que debe imperar en el funcionamiento del MPF.

#### *4.2. Delegación de funciones:*

La nueva LOMP en su art. 29 dispone en su parte de interés, que a los fines del cumplimiento de los objetivos y políticas fijadas en la presente Ley, la Procuración General se integrará con los Fiscales Adjuntos que resulten necesarios a tal efecto.

Serán designados por el Procurador General de entre los Fiscales de Cámara que ya cuenten con acuerdo del Senado y se encuentren en funciones.

El Procurador General podrá delegar en los Fiscales Adjuntos las funciones y la firma de los dictámenes respectivos según las materias que sean de su competencia. Esta competencia la fijará el Procurador General en la reglamentación que dicte al respecto.

He aquí un primer abordaje que la LOMP hace respecto a la Delegación de funciones. Luego, también se ha previsto cuando se trata de las funciones de los Ayudantes Fiscales. Así el art. 40 bis inc. 10 incorporado por la reforma de la ley 8911, indica que podrán actuar por delegación en audiencias orales, Cámara Gesell, ruedas de reconocimiento, reconstrucción del hecho, inspecciones judiciales y cualquier otra tarea que le sea encargada por la autoridad competente, durante las etapas de investigación o juicio y actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate Correccional o de Cámara y en el procedimiento de flagrancia.

Dicha autorización es correlativa con varias disposiciones del CPP reformado por leyes 8896 y 8929. La primera incorporó el nuevo art. 8 del CPP Ley 6730, que sostiene que la acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

Será en general indelegable, salvo en los funcionarios y casos previstos específicamente, para seleccionar y distribuir las causas, realizar actos procesales particulares, o tramitar una causa determinada, en la forma y condiciones previstas por la ley y las directivas generales del Procurador.

En el camino marcado, complementa esta disposición, el nuevo art. 341 bis del CPP (ley 6730 de Mendoza), que dice en su parte pertinente: Artículo 341 bis- (Ley 7.282, art 1º) Los Ayudantes Fiscales tienen las siguientes funciones:...e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

- Para realizar determinados actos de investigación en una causa.
- Para la selección inicial de las causas y su distribución.
- Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio.

5) Los Ayudantes Fiscales especialmente asignados por la Procuración General, practicarán la información sumaria prevista en el Artículo 417 de la presente Ley, interviniendo en todas las audiencias orales que se realicen, conforme las directivas y por delegación del Fiscal de Instrucción”. (apartado 5 incorporado por ley 8929).

Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara, y en el procedimiento de flagrancia. (Texto incorporado por ley 8896)

Las nuevas disposiciones permiten advertir un claro interés en aumentar la capacidad de respuesta y decisión en la actuación del MPF mediante la delegación de funciones para los Ayudantes Fiscales que, a partir de estas reformas, tendrán la posibilidad de intervenir con gran protagonismo en las causas cuya delegación se confiera. Ello implica el deber de hacerlo con marcada responsabilidad, seriedad y capacidad, lo que exige que se trate de funcionarios idóneos que reúnan las condiciones propias de las exigencias de la función prevista.

#### *4.3. Dirección de la IPP y responsabilidad probatoria:*

El sistema procesal penal acusatorio ha constituido al Fiscal de Instrucción en el director de la IPP, conforme lo establece el Artículo 313 al decir que la investigación penal preparatoria será practicada por el Fiscal de Instrucción y el art. 340 del CPP, ley 6730, al indicar que el Fiscal de Instrucción procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos. Estos podrán fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial dentro de sus facultades legales, y lo dispuesto por el artículo 271 en lo pertinente y 318.

A modo de complemento, el art. siguiente dispone que practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

Estas normas le reconocen la importante actividad de la investigación criminal, en tanto que también es el órgano de la acu-

sación y en la etapa del juicio se resalta su obligación referente a demostrar los extremos de la imputación delictiva conforme lo sostiene el art. 366 del mismo cuerpo legal que indica que El Ministerio Público es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva. La inobservancia de este precepto será comunicada por el Presidente al Procurador General, a los fines que corresponda.

El Procurador General podrá impartir las instrucciones que estime pertinente o disponer la sustitución del Fiscal de Cámara.

El artículo 366 del Código Procesal Penal procura garantizar la imparcialidad del Tribunal de Juicio, privándolo paralelamente de las llamadas “facultades autónomas de investigación”, que el Código Procesal Penal anterior le reconocía, y que comprometen su imparcialidad al acordarle funciones que deben ejercerse separadamente y que confundían su rol con el del Fiscal, convirtiéndolo en co - acusador: ordenar la producción de las pruebas que estimare útiles al descubrimiento de la verdad sobre los hechos de la acusación (investigar); y luego valorar su eficacia (juzgar).

Conforme al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, es el Ministerio Público el que debe asumir en exclusiva la responsabilidad de suministrar las pruebas de la culpabilidad, demostrando la verdad de los extremos de la imputación delictiva, tanto en el aspecto objetivo - existencia del hecho delictivo y sus circunstancias jurídicamente relevantes - como en el subjetivo - participación culpable del acusado en el hecho -. En síntesis, es el responsable exclusivo y excluyente de demostrar la verdad sobre la culpabilidad; en tal sentido, si se omitiere ofrecer alguna prueba, esa falencia aunque resulte relevante o esencial - no puede ser suplida hoy de oficio por el Tribunal<sup>15</sup>. Lo expuesto tiene a resaltar que la actividad del MPF en el proceso penal acusatorio es preponderante y que de él depende la subsistencia y ejercicio de la acción penal mediante el despliegue de una actividad impulsoria, investigativa y de acusación eficiente respecto de aquellas causas

---

<sup>15</sup> Expte.: 95167 - Fc/Delaguada y otros p/Homicidios Calificados. s/Causación. Fecha: 23/06/2009 – Sentencia. Tribunal: Suprema Corte De Mza - Sala N° 2. Magistrado/s: Salvini - Llorente - Böhm. Ubicación: LS402 - 113.

que arriben a juicio, observando los principios de actuación previstos por las LOMP.

## V. Conclusiones

La reforma de la LOMPF de la Provincia de Mendoza n° 8008, operada por ley 8911 tiende a conferir mayores herramientas para el despliegue de acciones de política criminal, mejorando su situación institucional, dotándolo de independencia (de la que ya gozaba), autonomía funcional, financiera y presupuestaria al conferirle la administración de su propio presupuesto.

Por ley 8928 se dispuso la separación del Ministerio Público Fiscal con respecto al Ministerio Público de la Defensa y Pupilar, lo que se ajusta en un todo a la organización del poder establecido por la Constitución Nacional y tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Se ha ampliado la composición general del MPF.

Se han profundizado y actualizado sus principios de actuación.

Se consolidaron las atribuciones para el dictado de instrucciones generales y particulares, se ampliaron algunas funciones de los magistrados que lo integran.

El Procurador General cuenta con herramientas legales para determinar y ejecutar medidas de política criminal con repercusión directa en los procesos penales de la Provincia, lo que tiene influencia en materia de prevención y atención del delito mediante la resolución de causas penales.

Se autoriza la delegación de funciones para los casos analizados, se procura alcanzar mayor celeridad y respuesta por medio de la delegación de funciones.



## **El contrato de maquila agropecuaria**

DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO



## I. Introducción

El “Contrato de maquila” fue regulado en la República Argentina por primera vez, cuando se agudizó la crisis estructural de la industria vitivinícola de la región de Cuyo en la década de los años sesenta, razón por la cual frente al temor cierto que esas dificultades económicas facilitarían el abuso de los elaboradores en perjuicio de los viñateros, se sancionó, con validez por un año, la Ley 17.662 (B. O. 7/03/1968).<sup>1</sup>

En los años siguientes, se dictó la Ley 18.600 (B. O. 18/02/1970), cuyo texto se encuentra a la fecha aún vigente.

De modo paralelo en la región norte del país, fundamentados en que el equilibrio económico de la zona exigía mantener una producción suficiente de acuerdo al mercado interno y los requerimientos de exportación para no perjudicar al productor cañero, el Poder Ejecutivo Nacional reglamentó el “Régimen de comercialización de la producción azucarera por depósito y maquila de caña de azúcar” mediante el Decreto 1079/85 (B. O. 21/06/1985).

---

<sup>1</sup> Ver ALFERILLO, Pascual Eduardo, Tesis doctoral - Universidad de Mendoza - Argentina - 1993, publicada en libro “El Contrato de Elaboración por el Sistema de Maquila - Vino - Caña de Azúcar”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 1994; “Ley 25.113 - Contrato de Maquila”, Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Belluscio (Director) - Zannoni (Coordinador), T° 9 (Astrea, Buenos Aires, 2004), p. 1211; Comentario de la Ley 25.113 “Contrato de maquila” en “Código Civil y normas complementarias - análisis doctrina y jurisprudencial” - 8 C “Normas complementarias - Obligaciones Contratos”. Director Alberto J. Bueres - Coordinación Elena I. Highton. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 377 a 475; “El contrato de maquila en España y Argentina”, publicado en Academia Nacional de Derecho y CS de Córdoba, <http://www.acad.erc.org.ar/doctrina/articulos/el-contrato-de-maquila-en-espana-y-argentina/?search=alferillo> y en Editorial Astrea, <http://www.astrea.com.ar/doctrinasearch/theme/5>, “Foro de Córdoba - Publicación de doctrina y jurisprudencia”, Año XX Noviembre 2010 N° 143, p. 15, entre otros sitios.

Este régimen fue expresamente derogado por el Decreto 2284/91<sup>2</sup> de desregulación de la economía nacional.

Finalmente, la Ley 25.113 (B.O. 21/7/1999) de reciente promulgación establece un régimen general para el contrato de maquila, por lo cual ha dejado de ser un instrumento formal utilizado únicamente por algunas de las economías regionales en algunos productos, para transformarse en una herramienta formal que facilita la cooperación empresarial entre todos los actores de la producción agrícola – ganadera.

De modo independiente, se verifica que la Ley 25.243 (B.O. 30/3/2000) aprueba el “Tratado de Integración y Complementación Minera” celebrado con la República de Chile y en su normativa hace referencia al contrato de maquila para esa actividad.<sup>3</sup>

En los últimos tiempos, se verifica que el contrato de maquila expandido su protagonismo, dado que se puede comprobar que ha sido seleccionado como la herramienta normativa para instrumentar la producción de biodiesel derivado de la industrialización de la colza<sup>4</sup>. De igual modo, acontece con la producción de yerba

---

<sup>2</sup> En este punto es dable recordar que previo a la derogación total del régimen de maquila, el Decreto 1102/91 (B.O.N. 17/06/1991) sustituyó los arts. 3 y 6 del Decreto 1079/85 introduciendo la libre concertación de los porcentajes entre las partes.

<sup>3</sup> Cuando la ley define los términos empleados, en el art. 2, determina que “(K) Maquila o Transformación por Terceros: Actividad por la cual un producto minero es procesado en plantas de tratamiento pertenecientes a personas naturales o físicas y jurídicas distintas del propietario de dicho producto minero, el que paga con una porción de la producción o en dinero”.

<sup>4</sup> RASETTO, Marcelo, Director del Proyecto BIOFAA, Revista Conciencia Rural – La vida del Campo, <http://concienciarural.com.ar/articulos/tecnologia/proyecto-biofaa/art21.aspx>; XV Simposio Electrónico Internacional, “La producción de Biocombustibles con eficiencia, estabilidad y equidad”, OCTUBRE 2007, “Biodiesel, Autoconsumo y desarrollo”, Ing. Marcelo RASETTO – Ing. Guillermo MIDULA, [http://www.caid.edu.ar/biblioteca/biocombustibles/rasetto\\_midulla\\_biodiesel\\_autoconsumo\\_y\\_desarrollo\\_loc.pdf](http://www.caid.edu.ar/biblioteca/biocombustibles/rasetto_midulla_biodiesel_autoconsumo_y_desarrollo_loc.pdf), entre otras investigaciones.

mate<sup>5</sup>, alcohol derivado de la caña de azúcar<sup>6</sup> o en la producción de harinas derivadas del trigo<sup>7</sup>.

Finalmente se deberá tener presente la influencia del Código Civil y Comercial que puede tener sobre su estructura normativa.

## II. El origen de la figura

En el diseño original de la figura confluyen dos civilizaciones: la España visigoda y la árabe. De ese encuentro surge la denomina-

---

<sup>5</sup> Cadena azul y blanca.com Portal de noticias, [http://www.cadenaazulyblanca.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=18584%3Apolemica-por-contrato-de-maquila&Itemid=60](http://www.cadenaazulyblanca.com/index.php?option=com_content&view=article&id=18584%3Apolemica-por-contrato-de-maquila&Itemid=60); Misiones On line, 8/11/2009, <http://www.misionesonline.net/noticias/08/11/2009/polemica-por-contrato-de-maquila-de-las-marias-pa-ra-abastecer-se-de-yerba>; Campo Diario.com.ar, 9/11/2009, [http://www.campodiario.com.ar/despatches.asp?cod\\_des=6500&ID\\_Secion=178](http://www.campodiario.com.ar/despatches.asp?cod_des=6500&ID_Secion=178); Centro de Transacción de la Yerba Mate, [http://www.agromisiones.gov.ar/index2.php?option=com\\_content&id=245](http://www.agromisiones.gov.ar/index2.php?option=com_content&id=245)

<sup>6</sup> Next Fuel, Etanol Argentina, <http://biodiesel.com.ar/3375/etanol-argentina-ca-neros-in-sistema-que-se-aplique-una-maquina-de-alcohol>; ElTribunocom.ar, 23/7/2010, <http://www.tribunoinfo.com.ar/jujuy/diario/2010/07/23/jujuy-no-hubo-acuerdo-por-la-maquina-de-alcohol>; La Gaceta, 19/10/2009, [http://www.la-gaceta.com.ar/nota/348795/Econom%C3%ADa/Ca%C3%B1eros\\_afirman\\_son\\_due%C3%B1os\\_alcohol\\_para\\_biocombustibles](http://www.la-gaceta.com.ar/nota/348795/Econom%C3%ADa/Ca%C3%B1eros_afirman_son_due%C3%B1os_alcohol_para_biocombustibles); entre otras citas.

<sup>7</sup> Este tipo de maquila tendrá su análisis particular Infra. Se destaca que las Resoluciones dictadas por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos se caracterizan por reglamentar la registración y control de la producción y comercialización de los granos en general y, solo, la industrialización de harina de trigo por el sistema de maquila en particular. En esas reglamentaciones se pueden distinguir la caracterización de otros tipos de contratos de producción por maquila como podría ser el caso de la fabricación de quesos a partir de la entrega de la leche.

ción y las obligaciones de cada una de las partes del contrato de maquila. Por cuanto, si bien es cierto que el término “maquila” es de origen árabe; la figura jurídica, primero como imposición y luego bajo la forma contractual, tiene su génesis en la Edad Media europea y bajo el régimen feudal vigente en España, que de conformidad se ha expuesto, tenía una profunda influencia de las ideas imperantes en las Cortes Francesas.<sup>8</sup>

En efecto, la palabra “maquila” encuentra su origen etimológico en el vocabulario árabe vulgar “makila”<sup>9</sup> o “mikyala”<sup>10</sup> que significa, básicamente, medida de capacidad. De allí que el término “maquila” tenga en la actualidad varias acepciones, de las cuales por corresponder al tema en estudio se citan: 1) porción de grano, harina o aceite que corresponde al molinero por la molienda, 2) Medida con que se maquila.

Esta palabra introducida en España, por la civilización árabe, fue apropiada para describir a la figura medieval, cuando co-

<sup>8</sup> ALFERILLO, Pascual Eduardo, “Contrato de Elaboración...”, ob. cit., p. 27; NEGRE DE ALONSO, Liliana T., “La quiebra y los bienes de terceros en poder del fallido. En especial el contrato a maquila” (Depalma – Buenos Aires – Argentina – 1997), p. 58 entiende, sin mayor estudio, que fue una figura utilizada por los árabes e introducida en España por éstos al invadirla.

<sup>9</sup> <http://dle.ra.es/?w=maquila> 1: Del ár. hisp. makíla, y este del ár. clás. makilah ‘cosa medida’. 1. f. Porción de grano, harina o aceite que corresponde al molinero por la molienda. 2. f. Medida con que se maquila. 3. f. Medio celemín; Enciclopedia Universal Sopena (Diccionario Ilustrado – Ed. R. Sopena S.A., Barcelona, España) T° 5, p. 5309; Diccionario Enciclopédico Salvat - Universal, T° 14, Hog-Mas (Salvat Editores S.A., Barcelona, España, 1969), p. 473 Maquila (Del ár. Vulg. Makila – Medida de Capacidad) En Castilla y León, durante la Edad Media y la Moderna: Gabela consistente en una parte del trigo molido que los pobladores de los dominios debían satisfacer al señor por moler el grado en el molino señorial.

<sup>10</sup> Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, (Segunda edición, Imprenta y Estereotipia de Aribau y C. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, España, 1881), p. 795.

mienza a tipificarse la relación de monopolio industrial entre el señor y el vasallo; y éste último debía pagar una porción de producto por el uso de las instalaciones.

De igual modo, se verifica en los comentarios de los historiadores que para referirse al tema, también se utilizan otra palabra de origen árabe, como es “gabela”, que significa, tributo, impuesto o contribución. Es decir, españoles y árabes no utilizaron la denominación “banalités” dada originalmente en Francia para describir la figura, sino que adoptaron una propia: “maquila”<sup>11</sup>.

La economía cerrada impuesta en la sociedad feudal, que impedía la libre comercialización de los bienes producidos por el vasallaje e imponía trabas y contribuciones para la industrialización de los mismos, hace que la vinculación de maquila tenga un origen compulsivo, marcado por la arbitrariedad del propietario del molino, quién definía el quantum a percibir por la industrialización.

Va de suyo, que el poder legisferante y judicial en ese tiempo, de competencia exclusiva de los señores feudales, no tenía interés en producir una legislación al respecto. De donde se desprende la inexistencia de antecedentes normativos sobre la materia. Como imposición era de hecho la industrialización.

La caída del feudalismo, la apertura para la libre comercialización de bienes y servicios junto con la transformación jurídica de imposición a contrato, no modificó básicamente las históricas características negativas que la identificaban por las asimetrías económicas del pacto maquilero que ponían en evidencia el exagerado beneficio que recibía el elaborador generado por la carencia de reglamentación específica y por su posición económicamente más fuerte al contratar que le permitía imponer sus condiciones, especialmente cuando se trataba de bienes perecederos.

---

<sup>11</sup> Gran Enciclopedia Larousse - Lep - Marth, tomo 12, (Ed. Planeta S.A., Barcelona, España, 1.967), p. 944. La palabra “maquila” significaba “durante el Antiguo Régimen, gabela que tenían que satisfacer al señor los habitantes de sus dominios por moler trigo en el molino señorial, en virtud del monopolio que detentaba y que consistía en la entrega de una parte del trigo molido”.

El pacto de maquila pese a ser una figura jurídica de amplia aplicación en Europa, no fue recepcionada en los Códigos Civiles decimonónicos pues pesaba sobre ella la condena de ser uno de los estandartes del mundo medieval, del antiguo régimen.

Es por ello que su transmisión a nuestro derecho se realizó por la costumbre que trajeron las inmigraciones europeas, en especial la española, las cuales asentadas en las zonas rurales poco a poco fueron modelando las obligaciones del productor primario y del industrial que caracterizan al contrato, dándole tipicidad social.

### III. El régimen de la Ley N° 25.113

El Congreso Nacional sancionó la Ley N° 25.113 (B.O. 21/7/1999), cuyo texto establece el régimen legal para los contratos agro - industriales de maquila.

El proyecto reconoce su origen en la Cámara de Diputados a inspiración del representante de la provincia de Tucumán, Dr. Manuel Martínez Zuccardi, siendo aprobado, luego de ser examinado en el seno de las Comisiones de Legislación General y de Agricultura y Ganadería, sin discusión en el recinto.

Esta circunstancia impide conocer los antecedentes que inspiraron su redacción. Sin perjuicio de ello, ab initio, se puede aseverar sin lugar a hesitación que el “contrato de elaboración por el sistema de maquila”, configura un pacto de interacción empresarial auténticamente argentino y constituye una herramienta formal apta para promover la industrialización de los productos primarios altamente beneficiosa para las partes y la economía, en general.

Las particularidades de la producción agrícola - ganadera de cada provincia fue delineando, a partir de la legislación general de la figura, las características regionales del convenio de maquila, pues este tipo contractual tiene un amplio desarrollo en la actividad de nuestros productores, especialmente en etapas de crisis, pero no en la investigación jurídica.

Además de ello, es menester tener presente que el art. 7 de la Ley 25.113 regla que “las provincias establecerán las disposiciones necesarias para los procedimientos y aseguramiento según la naturaleza u objeto de cada actividad, asignándoles las condiciones de autoridad de aplicación local...”. Es decir, concede a las jurisdicciones locales facultades reglamentarias y de control de la ley nacional que en algunos casos continuaran vigentes regímenes anteriores a su dictado que fueron referenciados en la introducción y, en otros, será necesario el dictado de nuevas leyes que puntualicen en cada tipo de producción las cláusulas que estiman ineludible.

### *3.1. Concepto y caracteres.*

La Ley 25.113, en su primer artículo define que “habrá contrato de maquila o de depósito de maquila cuando el productor agropecuario se obligue a suministrar al procesador o industrial materia prima con el derecho de participar, en las proporciones que convengan, sobre el o los productos finales resultantes, los que deberán ser de idénticas calidades a los que el industrial o procesador retengan para sí...”.

Como se infiere, a prima facie, las aristas de tipicidad del convenio regulado, en general, responden a la tipificación social y legal dada a los contratos de elaboración de vinos y caña de azúcar por el sistema de maquila que son sus precedentes legislativos. Sin embargo, se observa en la nueva reglamentación del convenio de maquila, particularidades que son conteste con la idea de brindar a la economía del país, una figura contractual que haga factible la asistencia empresarial entre productor primario e industrializador, sin enmarcar su accionar productivo en una estructura formal rígida, con cláusulas condicionadas por el intervencionismo estatal que impidan la consecución del propósito del legislador. Es decir, el marco legal, en general, ha respetado racionalmente el principio de autonomía de la voluntad contractual que fuere restituido por el Decreto 2284/91 de desregulación de la economía nacional.

El estudio de los antecedentes de la figura conocidos hasta la sanción de la Ley 25.113 permitió definir que “el contrato de ela-

boración por el sistema de maquila se configura cuando una de las partes, denominada empresario, se comprometa a elaborar, conservar y mantener en depósito, el producto obtenido con la materia prima entregada por la otra parte, denominada productor. Y ésta se obligue a pagar, como contraprestación, una porción del producto industrializado o su equivalente en dinero”<sup>12</sup>.

La primera diferencia destacable entre las definiciones transcritas se focaliza en la denominación alternativa o complementaria del contrato. En ese sentido, la Ley 25.113 pone énfasis en el “depósito” (antes art. 2182 y conc. Cód. Civ., actualmente art. 1353 sig. y conc. Cód. Civ. y Com.), en cambio, nuestro criterio destaca la “elaboración” o “industrialización”. Es decir, a la “locación de obra” (art. 1629 y conc. del derogado Cód. Civ., hoy art. 251, sig. y conc. del Cód. Civ. y Com.) que es el otro contrato que participa de la configuración mixta<sup>13</sup> del pacto de maquila<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ALFERILLO, Pascual Eduardo, “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 212; “Contrato de Maquila - Determinación e individualización del vino depositado en los establecimientos del elaborador. Consecuencias Jurídicas”, “Derecho de San Juan” Febrero - Marzo 1981 Año I N° 1, p. 19.

<sup>13</sup> Si observamos la conformación mixta del pacto de maquila se infiere que la acumulación no es convergente al momento de la celebración del contrato de elaboración (locación de obra), pues como consecuencia de su cumplimiento, recién, sobreviene el depósito del producto obtenido. Es decir, el deber de conservar y cuidar el vino resultante de la elaboración, obligación aportada por el contrato de depósito, no es exigible en el inicio de la ejecución del contrato, ni tiene autonomía, sino está condicionada su existencia al cumplimiento íntegro de la transformación de la uva en caldo vínico. Por ello, la “datio rei” en este tipo de contrato no es requerible por la subordinación que tiene el contrato real al cumplimiento previo de otro de característica consensual. Alferillo, Pascual E., “El contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 67.

<sup>14</sup> LIBEAU, Florencio E., “El contrato de maquila”, La Ley, T° 1978-C, Sección Doctrina, p. 895 y sig. Dice “El contrato de maquila es un contrato especial de naturaleza mixta; pues contiene elementos, fundamentalmente, de la locación de obras, depósito, venta o permuta, comisión, consignación, etc...”; BAISTROCCHI, José Héctor, “El contrato de ma-

El concepto utilizado por la Ley 25.113 concuerda con la terminología coloquialmente usada pero no a un adecuado análisis de los elementos jurídicos componentes del instituto. Pues como se deduce del resto de la definición, y de los otros artículos que ayudan a la tipificación del contrato de maquila, el propósito principal de las partes esta direccionado a la industrialización del fruto primario que entrega el productor agropecuario y no al depósito sobreviniente.

En otros términos, la legalidad sancionada pone énfasis, siguiendo la idea plasmada en el Decreto 1079/85, en el contrato secundario y no en el principal de los dos convenios tipificados en el código sustancial que participan en la compleja estructura del contrato de maquila.<sup>15</sup>

Por otra parte, profundizando el análisis de la definición del pacto regulada en la Ley 25.113, ésta es una forma muy especial de pagar la tarea de industrialización del bien primario con parte del mismo producto manufacturado. Esta obligación del productor primario es tan relevante que caracterizó para la posteridad,

---

quila”, Diario de Cuyo San Juan, 19/2/1978, sostiene “...reúne las características de un contrato de locación de obra con una variante después de que se elaboró el vino, época en la cual el viñatero maquilero, además de los gastos de elaboración, abona un canon por el alquiler de la vasija...”; VAZQUEZ AVILA, Ángel, “El contrato de elaboración de vinos por cuenta de Terceros” (Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad Nacional de Bs. As. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año 1966, set./dic.) p. 131-154, entiende que “la figura jurídica en que la elaboración de vino por cuenta de terceros encaja es la locación de obra...”. Recientemente, CASAS DE CHAMORRO VANASO, María, en su trabajo “El contrato de maquila”, La Ley Tº 2001-B, p. 707, no trata con la profundidad que requiere el punto y, a partir de ello, no puede perfilar la particular estructura del contrato.

<sup>15</sup> En el estudio de mención juzgamos correcto denominar a la figura bajo examen como “Contrato de Elaboración de... por el sistema de maquila”. El punto suspensivo es a los fines de agregar el tipo de producto final a industrializar, verbigracia, harina, aceites, telas, vino, caña de azúcar, etc.

con aristas propias, al contrato de locación de obra que forma parte principal de su ser, al punto de darle una denominación propia que lo identifica.

Sin embargo, es dable observar que el nuevo régimen regula a la “maquila” de un modo muy peculiar cuando establece que el productor agropecuario que se obliga a suministrar al procesador o industrial materia prima tiene “el derecho de participar, en las proporciones que convengan, sobre el o los productos finales resultantes,...”. En una primera aproximación se infiere aun cuando la ley no se mencione expresamente, que el productor primario no paga la transformación del artículo agropecuario con dinero sino con la entrega de parte del producto final obtenido.

Pero, analizando con mayor profundidad la técnica legislativa utilizada se puede afirmar, mirando desde la perspectiva histórica del contrato de maquila que no es acertada pues en vez de especificar que se abona la transformación con una porción del producto obtenido conforme fuere convenido por las partes (concepto tradicional), ha preferido indicar que el productor primario adquiere el derecho de participar del bien fabricado (concede erróneamente un derecho personal).

En otras palabras, en la Ley 25.113 la acción de maquilar (pagar la elaboración) a cargo del productor agropecuario no responde a la clásica idea de pago del precio por la transformación sino a la distribución del bien obtenido en la proporción que se acordare como si fuere una sociedad. Va de suyo, que esta idea legislada no es la tradicional, pero si responde a los modernos criterio de colaboración empresarial, con lo cual este régimen adquiere perfiles exclusivos.

Sin perjuicio de ello se observa que la definición legal contiene una notable contradicción con el resto de su propia normativa, pues en el párrafo siguiente se indica que “el productor agropecuario mantiene en todo el proceso de transformación la propiedad sobre la materia prima y luego sobre la porción de producto final que le corresponde...”. Es decir, correctamente la ley en esta parte reconoce en favor del productor primario un derecho real de dominio (art. 2506, sig. y conc. C.C.) sobre el bien resultante,

motivo por el cual resulta incompatible que la misma ley en su definición legal haga referencia a un “derecho de participar” de los productos industrializados que es un derecho personal.

En cuanto al objeto del contrato, el artículo primero de la Ley 25.113 precisa que es la transformación, por parte del industrial o procesador, de la materia prima de origen agrícola o pecuaria en un producto final que deberá tener las mismas características y calidades a los que el industrial o procesador retenga para sí. La ley no impone límites a los procesos de industrialización que se pueden acordar, por lo cual todo producto del agro o ganadero apto para ser transformado puede ser objeto del régimen establecido para la contratación de maquila. En este marco legal se podrá convenir la transformación, verbigracia: de lanas, algodón o lino en telas; aceitunas, girasol o maíz en aceites; trigo o soja en harinas, etc. O, las carnes vacunas, porcinas o caballares en conservas, etc.

Ahora bien, cuanto a los caracteres del contrato de maquila regulado por la ley 25.113, el mismo es bilateral, oneroso, mixto, consensual, típico, formal y agropecuario.<sup>16</sup>

Es bilateral, conforme las pautas contenidas en el art. 966 del Cód Civ. y Com. (anteriormente en el art. 1138 del derogado Có-

---

<sup>16</sup> ALFERILLO, Pascual E., “El contrato de maquila agropecuaria (Ley 25.113)”, Revista “Hágase Saber” – Año III N° 6 – 2000 - Resistencia – Chaco – Argentina, p. 4; Doctrina Judicial, La Ley 2002-3, p. 577. Cámara Civil y Comercial Común - Tucumán - Sala 2, S/ Especiales (Residual)”, Nro. Sent: 375 Fecha Sentencia: 26/08/2015, Registro: 00042356-02. En este fallo se juzgó que “según la regulación de la ley 25,113, el contrato de maquila es bilateral, oneroso, consensual, típico, formal y agropecuario. Se ha señalado que “la determinación de los elementos y cláusulas mínimas que deberá contener el contrato (arts. 1° y 2°, ley 25.113) y la manda de registrar el mismo (art. 7°), permiten clasificar a este pacto como formal. Más puntualmente esta formalidad sería efectual, siguiendo la clasificación de López de Zavalía, pues la sanción al incumplimiento de los requisitos previstos sería privarlo de los beneficios impositivos y de la oponibilidad a la quiebra del elaborador fallido para recuperar el bien resultante (Cf. Alferillo, Pascual E., “El contrato de maquila agropecuaria (ley 25.113)”, DJ 2002-3, 577)”.

digo Civil), por cuanto del pacto se originan, para el elaborador o industrial, las obligaciones de transformar la materia prima entregada por el producto agroindustrial, mantener en depósito y entregar en el lugar y fecha pactada el producto final resultante de propiedad de éste. Y para el productor, las obligaciones de entregar la materia prima y abonar la maquila (concepto tradicional) o distribuir el producto final resultante (concepto moderno).<sup>17</sup>

De igual modo es calificado de oneroso, de acuerdo al art. 967 del Cód. Civ. y Com., (antes art. 1139 del Código Civil), por cuanto el industrial recibe como contraprestación por su trabajo una porción del producto final obtenido y el productor agropecuario, un bien transformado (producto final) que contiene valor agregado a la materia prima que entregó al procesador.<sup>18</sup>

Asimismo se infiere de los detalles expuestos la conformación mixta del contrato de maquila, pues una de las obligaciones principales asumida por el industrial es la de transformar la materia prima en un producto final percibiendo como contraprestación un porcentaje de este, lo cual tipifica al contrato de obra previsto en el art. 1251 del Cód. Civ. y Com. (precedentemente art. 1.629 del Código Civil). A la par de ello, se configura un depósito sobreviviente, contrato nominado por el art. 1356 del Cód. Civ. y Com. (arts. 2.182 y sig. del derogado Código Civil).<sup>19</sup>

Esta conformación compuesta del contrato abría, durante el régimen del Código Civil, una problemática especial a la hora de definir el carácter consensual o real del contrato, dado que en la configuración intervenía un calificado en ese momento como real (depósito) y en las acumulaciones domina la forma más rigurosa. Sin embargo, si se observaba cuidadosamente la conformación

---

<sup>17</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de Elaboración...”, ob. cit. p. 61 y 124, “El contrato de maquila agropecuaria (Ley 25.113)”, Anales del “VI Congreso Argentino de Derecho Agrario – hacia la modernización del Derecho Agrario” 27 y 28 de setiembre de 2001 – Entre Ríos (Rubinzal – Culzoni) p. 77; DROVETTA, Diógenes, “El nuevo régimen del contrato de maquila”, en el mismo libro, p. 86.

<sup>18</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 63 y 125

<sup>19</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 64 y 125.

mixta del contrato de maquila, se deducía que la acumulación no es convergente al momento de celebrar el contrato sino sucesiva, pues en la primera etapa se lleva a cabo la elaboración o industrialización de la materia prima que es una locación de obra y, como consecuencia de su acabado cumplimiento, sobreviene el depósito necesario y legal del producto obtenido. Por ello, la *datio rei* en este tipo de contrato no es exigible por la subordinación que tiene el contrato real al cumplimiento previo de otro contrato de carácter consensual, razón por la cual calificamos al pacto de maquila en ésta categoría.<sup>20</sup>

Con la sanción del Código Civil y Comercial el problema es superado dado que al definir en el art. 1356 que “hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos”, se modificó uno de sus caracteres esenciales como es que pasó de ser real a consensual. Así es explicado por Sánchez Herrero cuando expresa, en general, que “son contratos con efectos reales aquellos que con su solo perfeccionamiento transmiten el dominio o constituyen otro derecho real. No deben confundirse con los contratos reales, que son aquellos cuya perfección requiere la entrega de la cosa objeto del contrato. Se oponen a los contratos con efectos personales, que son los que al perfeccionarse solo crean, modifican o extinguen obligaciones, y que, sin el complemento del modo, no son aptos para transmitir el dominio o constituir otro derecho real”.<sup>21</sup>

En función de ello, el Código Civil y Comercial especificó que el contrato de depósito es consensual, por cuanto “el contrato no requiere, para su perfeccionamiento, la entrega de la cosa dada en depósito, bastando con que el depositario se obligue a recibirla”.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., consensual, p. 66 y 127; mixto, p. 64 y 125.

<sup>21</sup> SANCHEZ HERRERO, Andrés, Tratado de Derecho Civil y Comercial – Tomo IV, Contrato Parte General, Andrés Sánchez Herrero (Director) Pedro Sánchez Herrero (Coordinador), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 70.

<sup>22</sup> SANCHEZ HERRERO, Andrés, Tratado de Derecho Civil y Comercial – Tomo V, Contrato Parte Especial, Andrés Sánchez Herrero (Director)

Esta modificación de la naturaleza de uno de los contratos participes de su mixtura, no influye en la caracterización como contrato consensual que antes se le había adjudicado. Es decir, en nada modifica a la Ley 25.113, sino por el contrario, el contrato de maquila consolida su tipicidad legal para todo tipo de producto a elaborar por este sistema, pero debe quedar en claro que ya tenía tipificación normativa para la vinificación por este sistema de la uva (Ley 18.600) y para producción del azúcar (Decreto 1.079/85 actualmente derogado por Decreto 2284/91). La tipicidad social proviene de la adopción natural del contrato por la costumbre de nuestro pueblo.<sup>23</sup>

La determinación de los elementos y cláusulas mínimas que debe contener el contrato (art. 1° y 2° de la Ley 25.113) y la manda de registrar el mismo (art. 7), permiten clasificar a este pacto como formal. Mas puntualmente, se sostenía bajo la vigencia del Código Civil, que esta formalidad sería efectual, siguiendo la clasificación de López de Zavalía, pues la sanción al incumplimiento de los requisitos previstos sería privarlo de los beneficios impositivos y de

---

Pedro Sánchez Herrero (Coordinador), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 436.

<sup>23</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 65 y 126; p. CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María L., ob. cit., entiende que el contrato adquiere tipicidad legal con la sanción de la ley 25.113, por no haber sido regulado en el Código Civil y haber sido regulado temporalmente por el Dec. 1079/85. Como se colige, esta autora desconoce que la tipicidad legal se la da inicialmente la Ley 17.662 (B.O. 7/03/1968) que fue modificada por la ley 18.600 (B.O. 18/2/1970) que aún tiene vigencia, al punto que es mencionada expresamente en el texto de la ley 25.113. Sin perjuicio de ello, resulta de inusitado interés al investigador buscar las razones por las cuales los modernos códigos civiles no receptan esta figura en su articulado. La respuesta que encontramos está vinculada con el origen de la figura que pasa de ser una imposición medieval a contrato, pero representaba un sistema de explotación de los productores primarios por los señores feudales (banalités) que contradecía los principios de la Revolución Francesa.

la oponibilidad a la quiebra del elaborador fallido para recuperar el bien resultante.<sup>24</sup>

Pero con la definición dada por el Código Civil y Comercial en el art. 969 donde se especifica que “los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato”.

Las hipótesis prevista en esta norma no contempla la situación legal del contrato de maquila por cuanto este no tiene una forma prevista legalmente para su existencia como tal, pero si se le exige su inscripción para que produzca efectos dada la modificación que introduce al art. 138 de la Ley 24.522 cuando expresamente se regula que “se incluyen en esta norma los bienes obtenidos de la transformación de productos elaborados por los sistemas denominados ‘a maquila’, cuando la contratación conste en registros públicos”.

La obligatoriedad de inscripción para su oponibilidad en las falencias de los elaboradores contradice el principio protectorio de la parte más débil del contrato como es el productor primario que es el propietario del bien elaborado y en depósito que puede acreditar la entrega del bien primario con el propio contrato (sin registrar) remitos de pesadas o por otros medios fehacientes.

El sistema de registración es adoptado por la Administración Federal de Ingresos Públicos, para reglamentar mediante la Resolución General 3099 (Buenos Aires, 9/5/2011) el registro de los contratos de maquila para caña de azúcar cuando expresa en el art. 1 que “establécese con carácter obligatorio el Registro de los Contratos de Maquila para Caña de Azúcar, celebrados en el

---

<sup>24</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 69 y 129.

marco de la Ley N° 25.113<sup>25</sup>. Estos detalles del avance de la registración de este tipo de contrato para el control de la producción que será analizado infra.

Finalmente, se advertía en el legislador la preocupación por incluir la celebración del contrato de maquila en la prolongación de la actividad de producción primaria, sea esta agrícola o ganadera (parte in fine art. 1°). En función de ello y aun cuando participe de su celebración y ejecución, el industrial que tiene calidad de comerciante conforme lo describe el inc. 5 del art. 8 del Código de Comercio y por extensión del art. 7 del mismo código todos los contrayentes deberían quedar sujetos a la ley mercantil, se sostenía que debía ser calificado como un contrato civil reclamado por la especialidad del Derecho Agrario<sup>25</sup>. Pero en la actualidad esa distinción ha desaparecido razón por la cual básicamente es una reglamentación especial para la producción agrícola ganadera que en forma subsidiaria es reglada por el Código Civil y Comercial.

### *3.2. Partes. Derechos y obligaciones.*

#### *3.2.1. El productor primario.*

El régimen legal coloca, en un extremo de la relación jurídica, al productor primario o agropecuario. Es decir, al sujeto que obtiene, con sus labores, de la naturaleza y a través del ciclo biológico, recursos vivos, animales y vegetales para la alimentación o para su transformación por las industrias usuarias.<sup>26</sup>

Una pregunta obligada en este punto es si la definición incluye a las personas de existencia ideal, en sus distintas formas: jurídicas, sociedades comerciales, cooperativas, etc. Por nuestra parte, interpretamos que la repuesta es positiva, dado que la ley no distingue, por lo cual el intérprete no debe diferenciar y menos excluir

---

<sup>25</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 68 y 127.

<sup>26</sup> CATALANO, Edmundo F, BRUNELLA, María E., GARCIA DIAZ (h), Carlos J., LUCERO, Luis E., “Lecciones de Derecho Agrario y de los Recursos Naturales” (Zavallá Editor - Buenos Aires - 1998), p. 8.

cuando la ratio legis tiene el propósito de favorecer la industrialización a través del sistema de maquila.

En los últimos tiempos, como veremos en detalle al analizar la maquila harinera, las resoluciones de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, de la Administración Federal de Ingresos Públicos y de la Subsecretaría de Transporte Automotor han clasificado, estimamos indebidamente, al productor primario de trigo que procesa por maquila su producto como “usuario de molienda de trigo”, en la categoría de “industrial”.

La principal obligación del productor primario es suministrar al industrial la materia prima con la cual éste procederá a la elaboración del producto final. La ley 25.113 nada especifica en cuanto al modo como se debe entregar la materia prima.<sup>27</sup>

Esta obligación del productor agrícola ganadero la proyectábamos, en nuestra propuesta de tesis, del siguiente modo: 1) “El productor maquilero deberá entregar la materia prima comprometida en condiciones orgánicas adecuadas para su industrialización de acuerdo a la naturaleza del producto. 2) “La materia prima se entregará en el lugar y fecha pactado. Cuando se haya omitido su determinación se efectuará en el lugar de pesada más próximo al establecimiento del productor primario...”<sup>28</sup>”.

El primer apartado se explica en la necesidad de que la materia prima se encuentre en condiciones orgánicas aptas para su adecuada transformación.

El segundo, adquiere relevancia para el cálculo de los costos del flete para el transporte del producto que será a cargo de una u otra de las partes hasta el momento de la tradición. La opción por el lugar más cercano, en caso de omisión, al lugar donde sitúa su actividad el productor primario parte de la presunción de que éste es la parte más débil del contrato.

La otra obligación tipificante para esta parte es la de maquilar, es decir aceptar la retención en pago (como era tradicional) o distribución del producto obtenido conforme fuere pactado.

---

<sup>27</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 83 y 142.

<sup>28</sup> ALFERILLO, Pascual E., ídem, p. 213.

En cuanto a sus derechos, el principal, es el de dominio sobre la cantidad pactada de producto elaborado. En este aspecto la Ley 25.113 es contundente al remarcar que “el productor agropecuario mantiene en todo el proceso de transformación la propiedad sobre la materia prima y luego sobre la porción de producto final que le corresponde”.

Por otra parte, y a los fines de resguardar su derecho de propiedad, en el inc. e) del art. 2 y art. 4 de la ley 25.113, con acierto se ha establecido que “los contratos establecerán sistemas y procedimientos de control del procesamiento del producto, que podrá ejercer el productor agropecuario contratante, que le permitirán verificar las calidades y cantidades de lo pactado y lo entregado al finalizar el contrato, y asimismo las condiciones de procesamiento y rendimiento de la materia prima conforme pautas objetivas de manufacturación durante su realización...”.

Al incorporar el modo como el productor primario ejercerá el control del proceso de industrialización constituye un requisito esencial para que el contrato sea tipificado como de maquila agropecuaria y tenga sus beneficios.

Además de ello, esta cláusula tiende a mantener el equilibrio contractual de las partes durante el proceso de ejecución del mismo, dado que el industrial mantiene bajo su esfera de control al proceso de transformación de una cosa ajena que es el momento donde se puede tergiversar algún parámetro en la elaboración en perjuicio del agricultor o ganadero.

### 3.2.2. *El procesador o industrial.*

En el otro extremo de la relación de maquila se ubica al procesador o industrial; es decir, al sujeto individual o empresa que tiene la capacidad técnica suficiente y apta para transformar el producto primario en un bien elaborado con valor agregado.

La obligación fundamental que asume el industrial es la de transformar la materia prima que le suministra el productor agropecuario, en un producto final de idéntica calidad a los que re- tenga para sí.<sup>29</sup>

Este primer deber del procesador no está detalladamente regulado en la ley, razón por la cual las partes deberán especificar al celebrar el contrato cual es el producto final que se pretende, identificando adecuadamente sus características. Ello es así por cuanto la parte in fine del art. 4 de la Ley 25.113 únicamente regula que “los contratos establecerán... las condiciones de procesamiento y rendimiento de la materia prima conforme pautas objetivas de manufacturación durante su realización...”

En función de la escueta regulación dada, resulta de trascendencia especificar en el contenido del contrato los aspectos relacionados con el proceso de industrialización. Ello evitará la generación de conflictos relacionados con la interpretación y ejecución del contrato de maquila que de suyo, siempre deberá ser de buena fe y de acuerdo a lo que las partes, conforme los usos y costumbre, entendieron debía ser. Por su parte, se debe tener presente que el art. 11 del Código Civil y Comercial especifica que se aplicará las reglas de la buena fe (art. 9º) y los remedios para evitar los abusos del derecho (art. 10), cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

En nuestra propuesta de tesis estimábamos conveniente puntualizar que “el empresario elaborador deberá industrializar el producto de conformidad a las reglas del arte imperante al tiempo de la transformación, siendo a su cargo aportar los elementos técnicos y químicos para la adecuada elaboración y conservación del producto...”. Como se colige, en esta formulación se advierte la tendencia hacia un intervencionismo legal en la determinación de las cláusulas del contrato de maquila, muy común en sus precedentes legislativos que ha sido dejado de lado en las normas de la Ley 25.113.

La segunda obligación está relacionada con la condición de depositario de los productos finales de propiedad del productor agropecuario que asume el empresario industrializador, los cuales deberán estar identificados adecuadamente y tenerlos a disposi-

---

<sup>29</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de Elaboración...”, ob. cit. p. 79 y 135.

ción plena de sus titulares, conforme se estatuye en el párrafo 3ro. del art. Primero de la nueva ley maquilera. De igual modo, se debe tener en cuenta que es requisito esencial del contrato determinar el “lugar en que se depositarán los productos elaborados que correspondan al productor agropecuario...” (inc. d) y “fecha y lugar de entrega del producto elaborado...” (inc. f).

Por otra parte, y en una hermenéutica a contrario sensu del inc. e) del art. 2 y 4 de la Ley 25.113, es deber del procesador aceptar y colaborar con el control que hiciera el productor agropecuario del procesamiento y depósito del producto resultante.

También es obligación del industrial, conforme el requisito del art. 7 de la ley maquilera registrar el contrato en un registro público. Este deber que no ha sido regulado como una carga para el industrial, sino como un requisito para ejercer la acción de restitución de bienes de terceros en el concurso o quiebra del elaborador prevista en el art. 138 de la Ley 24.522, creemos que debe ser impuesto al empresario industrializador porque normalmente se encuentra en mejores condiciones técnicas para viabilizar la protocolización del contrato que el productor agropecuario.<sup>30, 31, 32</sup>

---

<sup>30</sup> Con relación a la modificación introducida por el art. 8 de la Ley 25.113 resulta una formalidad innecesaria que pone en serio peligro la protección que el legislador pretende para el productor que elabora por el sistema de maquila. Ello por cuanto, es de suponer, sobre la base de lo que la historia del contrato enseña y la realidad económica indica, que el maquilero se encuentra en inferioridad técnica y de recursos para concretar la registración del contrato. Por otra parte, es oportuno recordar que art. 138 de la ley 24.522 es una adecuación de la reivindicación civil (art. 2758, sig. y conc. Cód. Civil) al proceso concursal, por lo cual, atendiendo a las particularidades del comercio, no se exige acreditar el título de dominio, sino que basta acreditar que el bien esté en posesión del elaborador fallido por un título no destinado a transferirle el dominio. Por ello, si un productor maquilero acredita la celebración del contrato y la entrega del producto primario a ser elaborado, nada obsta a la procedencia de la acción de restitución del bien resultante en poder de la masa concursal o de la quiebra. En otras palabras, el requisito regulado por el art. 8 de la Ley 25.113 impide el libre ejercicio de las facultades emer-

El clásico pensamiento proteccionista del productor primario que inspira al contrato de maquila, en algunos casos, es necesario

---

gentes del derecho real de dominio (arts. 2506, 2511, 2513, 2514, 2516, y conc. Código Civil) al punto de extinguir el mismo en favor de la masa del concurso o de la quiebra, por cuya razón esta reforma puede ser calificada de inconstitucional por vulnerar el art. 17 C.N.

31] Evidentemente el intervencionismo estatal en la registración y control de todas las etapas de producción y comercialización de los granos se ha visto favorecida por la exigencia legal de formalidad a punto de que para ser registrado debe presentar el correspondiente ejemplar suscripto del pacto maquilero. Ver entre otros ejemplos: Decreto 2506/15 (05/08/2015) “Registro Provincial de Contratos de Maquila. Santa Fe”. En el art. 1º regula que “créase en el ámbito del Ministerio de la Producción, el Registro Provincial de Contratos de Maquila, en el cual se inscribirán, a pedido de una o ambas partes, los contratos de depósito que tengan por objeto la distribución participativa de la transformación de los productos suministrados, sin perjuicio de denominación que se les atribuya. También se inscribirán los contratos de elaboración, compraventa, permuta y cesión cuya contraprestación se efectivice con productos elaborados”.

<sup>32</sup> COLOMBRES, Federico J. (h.), “La exención impositiva a los contratos de maquila y su operatividad frente a la falta de registración y de fecha cierta del contrato”, LLNOA 2012 (septiembre), 815. El autor señala, desde una correcta mirada formal que en la praxis en reiteradas oportunidades se desdibuja generando abusos de la parte dominante, como conclusión que “1) La formalidad de inscripción del contrato de maquila conforme al art. 7º de la Ley de Maquila no es un requisito de carácter constitutivo del derecho, sino declarativo, e instituido como modo de facilitar el recupero de la materia prima por parte del productor en caso de concurso del industrial, y a efectos de oponibilidad frente a terceros acreedores en la referida hipótesis falencial. 2) Pese a la falta de inscripción del contrato de maquila, puede resultar oponible a terceras personas no participantes en su celebración en la medida que se acredite que éstas conocieron efectivamente su existencia. 3) El fisco como tercero no puede alegar la inoponibilidad del contrato de maquila por el solo hecho de su falta de registración cuando lo hubiere conocido por el ejercicio

reconocer, puede no ser correcto dado que algunos bienes agrícolas-ganaderos son producidos por grandes organizaciones empresariales que no podrían invocar una situación de inferioridad económica frente al industrial que llevará a cabo la transformación.

#### **IV. Influencia de la Ley N° 25.113 en la maquila vínica (Ley N° 18.600)**

La Ley 25.113 en el art. 9 excluye relativamente de su reglamentación a los contratos de elaboración de vinos regulados por la Ley 18.600, cuando establece que la vinificación maquilera, primeramente se regirán por su propia legislación y supletoriamente por el nuevo estatuto.<sup>33</sup>

Sobre la base de este mandato legal y tomando en consideración la existencia de normas provinciales que han reglamentado en cada jurisdicción a la Ley 18.600, se debe colegir en función de la prelación jerárquica de las mismas que para la industrialización vínica por el sistema de maquila, por debajo (supletoriamente) de

---

de su potestad fiscal, o bien por actuaciones de otros organismos dependientes del estado que den cuenta de su existencia. 4) El requisito de fecha cierta a los efectos de la oponibilidad del contrato frente a terceros, resulta un requisito instituido a los fines determinar la prioridad en el derecho de diversos sujetos que reclaman sobre una cosa, de manera de evitar su frustración o desbaratamiento mediante el expediente de la ante datación de los correspondientes documentos sin que tal requisito sea aplicable a las relaciones de derecho público como es la del fisco con el contribuyente. 5) El contrato de maquila que carezca de fecha cierta puede ser oponible al fisco cuando su existencia sea validada por prueba precisa y concordante, resultando el modo probatorio más idóneo la prueba pericial contable tendiente a acreditar la existencia de entrega de materias primas por el productor, y del producido por parte del industrial”.

<sup>33</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., p. 47 a 84; “La maquila agropecuaria (Ley 25.113) en la industria vitivinícola”, La Ley – Gran Cuyo – Voces Jurídicas, 2000, p. 277.

la tradicional ley ha quedado situada la flamante reglamentación nacional dada por la Ley 25.113.

Ello en función de que las Provincias legaron a la Nación la facultad de dictar las leyes sustantivas o de fondo (art. 75 inc. 12 y 126 Const. Nac.), las hipótesis no previstas en la Ley 18.600 y sus reglamentaciones que se refieran a la elaboración de vinos serán resuelta aplicando la nueva legislación general de la maquila y por el Código Civil y Comercial.

Como primer detalle trascendente se subraya que la ley de la maquila vínica, en sus primeros artículos, establece que el objeto del contrato es la elaboración de vinos, debiendo el bodeguero entregar la cantidad de vino que resulte de la relación uva - vino, debiendo el tipo responder a las características de las uvas entregadas, facultando a los gobiernos provinciales a fijar anualmente el precio máximo que deberá abonar el viñatero al elaborador por litro de vino en concepto de elaboración, conservación y depósito. A la par de ello, surge la intervención del Estado Nacional a través del Instituto Nacional de Vitivinicultura en la determinación y control del proceso de vinificación de las uvas (Ley 14.878 (B.O. 25/11/1959)), que ha sido relativamente morigerado con la vigencia del Decreto 2284/91 (Desregulación Económica) que ha limitado su acción a la fiscalización de la actividad.

La injerencia de éste decreto nacional, en síntesis, permitió sostener que todo lo que por ley no le corresponde regular al Instituto Nacional de Vitivinicultura o a los Estados provinciales, deberá ser motivo de concertación entre las parte, quedando las normas actuales con una vigencia supletoria de la voluntad de las partes, siempre que no se opongan o limiten el principio de libertad de producción y comercialización<sup>34</sup>.

De las consideraciones expuestas se desprende que la desregulación legal de la economía ha tenido un impacto directo en la reglamentación del contrato de maquila vínica, pasando de una formalidad totalmente pautaada en sus cláusulas y celosamente fiscalizada en su ejecución a un régimen donde la autonomía de la voluntad tiene actuación relevante.

---

<sup>34</sup> ALFERILLO, Pascual E., "Contrato de elaboración...", ob. cit., p. 200.

En función de ello, el actual estado de la normativa reguladora del contrato de maquila vínica establecido por la Ley 18.600, complementarias y modificadoras, no difiere en esencia con el previsto, en general, por la Ley 25.113, pues en ambos regímenes se consagra como principio a la libertad contractual para establecer el contenido obligacional de las cláusulas del compromiso de maquila.

Desde otra óptica, el contrato de maquila vínica se diferencia de la agropecuaria, en cuanto a la extensión de su objeto. En efecto, el régimen de la Ley 18.600 fue previsto para la elaboración de vinos básicos, industrializados con mínimo valor agregado, conociéndose como vinos para traslado, los cuales se conservan depositados a granel en piletas. Es decir, no se hace en la bodega elaboradora labores de mezcla, embotellamiento, etiquetado, etc. de los vinos que mejoren su calidad y los coloquen aptos para su comercialización al público, sino la entrega se hace por volumen (cantidades de litros de vinos).

En este sentido, es dable recordar, a modo de ejemplo, que el Decreto 0238 - Dic (24/12/1989) de la provincia de San Juan estipula, en su art. 6 que “el elaborador, deberá entregar al productor en los casos de variedades tintas y blancas, vinos con los caracteres sensoriales que correspondan a la variedad recibida. Para las variedades criollas, cereza y mezclas, los porcentajes serán del setenta y cinco por ciento (75%) de vino blanco escurrido y veinticinco por ciento (25%) de vino criollo, como mínimo....”. Y por su parte en el art. 12 indica que “el vino que el elaborador está obligado a entregar al productor deberá ser sano, clarificado y filtrado...”.

En cambio, la maquila agropecuaria de la Ley 25.113 permite al bodeguero y al viñatero acordar otras posibilidades de colaboración empresarial, produciendo vinos con mayor valor agregado. Así, por ejemplo, pensando en la existencia de uvas varietales (carnet, pinot, chardonay, etc.) que permiten la elaboración de vinos finos o reservas (inc. 1.1. e) art. 17 Ley 14.878 modificado por Resolución INV - C - 71/92) de mayor cotización en el mercado, cabe la posibilidad de que puedan convenir por la entrega de ese tipo especial de uvas, la elaboración y envasado (botellas de vidrios, damajuanas o tetabrik), bajo una determinada marca

(que puede o no ser de propiedad del industrial). Va de suyo, que en esta hipótesis el industrial incorpora al vino que entregará al viñatero una mayor cantidad de actividad industrial, razón por lo cual la participación de cada uno de ellos en la distribución del producto final, lógicamente, será de conformidad a las pautas económicas que rodeen la ejecución del contrato.

Es decir, que también se podrá destinar cantidades de uvas para otros destinos no vínicos, como puede ser la elaboración de jugos, alcoholes, mostos, arropes, etc., por el sistema de maquila.

En síntesis, el régimen de la Ley 25.113 permite a los actores de la industria vitivinícola producir por el sistema de maquila, vinos con mayor trabajo de elaboración e industrialización u otros productos alternativos.

Como novedad, el Instituto Nacional de Vitivinicultura dictó la Resolución C. 2/2010, (B.O. 12/1/2010), en cuyo art. 6., reglamenta que “cada receptor de uva destinada a la elaboración queda obligado a permitir al viñatero, propietario de la misma o representante, a controlar la pesada de la misma y la determinación de su contenido azucarino, permitiendo el uso de refractómetro de su propiedad. Asimismo en ocasión de desarrollarse controles refractométricos en que participe personal autorizado del INV, el industrial deberá registrar en las Declaraciones Juradas correspondientes, los valores determinados por los mismos, aunque no coincidan con sus propias lecturas, lo que mediante firma y aclaratoria deberá quedar refrendado por los actuantes. En caso de haberse registrado en la Declaración Jurada una cantidad distinta a la determinada por el personal del INV, debe anularse la misma, reemplazarse por otra con el dato obtenido oficialmente y transmitirse posteriormente”.

Por otra parte, la reciente legislación maquilera, de igual modo, influye en el régimen de la maquila vínica cuando estatuye, en el art. 5, que “las acciones derivadas de la presente ley tramitarán por juicio sumarísimo, o por el trámite abreviado equivalente. La prueba pericial, en caso de no haberse ofrecido por las partes, podrá disponerse de oficio por el Juez interviniente. Las partes quedan facultadas para designar consultores técnicos que las re-

presenten en la producción de la prueba pericial... ”. El mandato contenido en esta norma que no está previsto en la Ley 18.600 y es de estricta naturaleza procesal, puede ser cuestionado en su constitucionalidad por cuanto la facultad para dictar las reglas del procedimiento es un derecho reservado por las provincias (arts. 121 y 126 C.N.). Sin perjuicio de este detalle técnico, es dable reconocer las ventajas que significa un trámite sumarisísimo para el desarrollo de la economía, por cuanto permite dirimir rápidamente los conflictos que se pudieren suscitar entre las partes en la interpretación o ejecución del contrato de maquila.

La doctrina judicial, describió que “en la provincia de Mendoza, se desarrolla una modalidad especial de contratación conocida como “contrato de elaboración por cuenta de terceros”, “a maquila” o por “cuenta del viñatero”, en virtud del cual el bodeguero se compromete a elaborar, conservar, cuidar, mantener en depósito durante un determinado tiempo el vino obtenido por uvas aportadas por el viñatero, y a entregar a éste el vino con las características que se ajusten a las fijadas por la autoridad de contralor, recibiendo como contraprestación una porción del caldo vínico o su equivalente en dinero<sup>35</sup>”.

En sentido contrario, estimó que “el contrato por el cual una empresa, que adquirió la materia prima a terceros, encargó a una bodega la elaboración de vino y jugo de uva aptos para el consumo por la comunidad judía, con la certificación rabínica correspondiente, que luego sería fraccionado y comercializado por la primera, no configura un contrato de maquila en los términos de la Ley 25.113, pues este último es el convenio por el cual el bodeguero se compromete a elaborar, cuidar, conservar y mantener en depósito por un tiempo determinado el vino obtenido con las uvas aportadas por el viñatero, recibiendo como pago una porción del propio caldo vínico industrializado o su equivalente en dinero<sup>36</sup>”.

---

<sup>35</sup> 4º Cámara en lo Civil, 1ª Circunscripción - Mendoza, expte.: 50195 “Viña El Cerro S.A. C/Vittori, Roberto y Ots. P/ Cobro de Pesos”, 04/09/2014.

<sup>36</sup> Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “Daromsur S.R.L. c. Saint Germain S.A. s/ d. y p.

Con relación a la ejecución del contrato de maquila vínico se juzgó que “el reclamo de los gastos por mantenimiento y conservación de vinos realizado por el bodeguero a su co-contratante debe admitirse, pues, si bien este último sostiene que esas operaciones están incluidas en el precio de elaboración, se constató que aquel debió continuar con esos controles ante la falta de retiro de los caldos a fin de que el producto no pierda sus características organolépticas, con lo cual, como la gratuidad no se presume, el demandado debe efectuar las contraprestaciones correspondientes a esas tareas<sup>37</sup>”.

Finalmente, adquiere un alto grado de significación por su trascendencia para las finanzas del viñatero, del proveedor, de las empresas bodegueras y del país la determinación legal prevista en el último párrafo del art. Primero de que “en ningún caso esta relación (la de producción por el sistema de maquila constituirá actividad o hecho económico imponible...”. Esta norma, no reglada en la Ley 18.600, implica, teniendo en cuenta que los impuestos, tasas o tributos no se pueden aplicar sin un hecho (actividad comercial, industrial o lucrativa, etc.) que sea declarada por la propia ley, como imponible.

En otros términos, la Nación o las Provincias no pueden imponer ningún tipo de tributos sobre la actividad de maquila, lo cual evidentemente no es aceptado por la Administración Federal de Ingresos Públicos cuando le da categoría de industrial al productor primario.

---

(con excepción contrato alquiler)”, 23/09/2013, LLGran Cuyo 2013 (diciembre), 1214, AR/JUR/63877/2013.

<sup>37</sup> Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 04/09/2014, “Viña El Cerro S.A. c. Vittori, Roberto y ots. s/ cobro de pesos”, RCyS 2015-III, 115, AR/JUR/55086/2014. En el fallo se completa la idea ponderando que “si no se discute el contrato de maquila y se acredita la existencia de vinos de propiedad de la demandada en la bodega de la actora, surge la obligación de aquélla del pago de gastos de elaboración. Igualmente el maquilero debe efectuar la contraprestación de las tareas de análisis para el control y mantenimiento de los vinos ya que ello constituye una tarea indispensable para que el vino pueda continuar siendo tal bebida y no se transforme en otra”.

## V. Influencia de la Ley N° 25.113 en la maquila azucarera

En la primera parte de esta investigación recordábamos que el art. 51 del Decreto 2284/91 derogó expresamente el régimen de la maquila azucarera implementado por el Decreto 1079/85.

Como se advierte la derogación de la tipificación legal fue realizado casi diez años antes del dictado de la Ley 25.113, lo cual abre el interrogante de cuál era el régimen vigente durante ese tiempo. A ello se respondió que en el nuevo régimen, la calidad, el modo y el tiempo en que se debía producir y entregar el azúcar el ingenio al productor cañero, será determinada por el acuerdo de parte.

Pero a diferencia del régimen sobreviviente de la maquila vinica, el Decreto 1079/85 no puede actuar como norma de aplicación supletoria, dado su derogación. En caso de omisión, actuaban supletoriamente el Código Civil y el de Comercio que en la actualidad están unificados.<sup>38</sup>

Es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 25.113 se podía celebrar contrato de maquila para producir azúcar dado que su tipificación social seguía vigente aun cuando su tipificación legal (contrato nominado del art. 1143 del derogado Código Civil) hubiere desaparecido. Ello, permitía la celebración de pacto de maquila azucarera con la diferencia sustancial que el contenido del convenio era de libre concertación.

Actualmente, esa libertad de concertación se ve nuevamente restringida por el contenido de la ley maquilera nacional, que impone el cumplimiento de pautas contractuales mínimas (arts. 1, 2, 3, 4 y 5 Ley N° 25.113) aun cuando deja a la libre concertación la distribución de los azúcares elaborados y de los otros subproductos que se pueden obtener de la caña.

Este *thema decidendum* fue resuelto por la Cámara Nacional Comercial correctamente cuando juzgó que “cierto es que el decreto 1079/83 –que establecía un sistema de comercialización de producción azucarera destacando el carácter de “propietario” de

---

<sup>38</sup> ALFERILLO, Pascual E., “Contrato de elaboración...”, ob. cit., págs. 119 y 141.

los azúcares del cañero depositante de la materia prima (arts. 3º y 4º) fue derogado por el decreto 2284 (EDLA 1991-658) denominado de desregulación, y que al menos técnicamente opinable que pueda aplicarse en la especie la ley 25.113 promulgada con posterioridad a la celebración de los contratos bajo examen. Mas la especie puede resolverse con prescindencia de la vigencia de un sistema jurídico que específicamente concierna a esta forma de comercialización del azúcar<sup>39</sup>”.

Por su parte la Corte de Justicia de Tucumán consideró que “de las normas del Código Civil que regulan los instrumentos privados -reglas que resultan de aplicación al contrato bajo análisis en tanto constituye un instrumento privado- surge que “la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada” (artículo 1012 del Código Civil), es decir, que el carácter esencial que el art. 2 de la Ley N° 25.113 le adjudica a la firma de las partes, no constituye un rasgo peculiar del contrato de maquila ni una forma impuesta “*ad solemnitatem*” por dicha ley -como lo pretende la sentencia atacada-, por el contrario, responde a la regla general de los requisitos que deben reunir los instrumentos privados que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones (conf. Libro Segundo, Sección Segunda, Título 5 del Código Civil). Cabe resaltar aquí, que el propio art. 2 de la Ley N° 25.113, no prevé específicamente la punición que se aplicará en caso de que las partes no incorporen al contenido del contrato alguno de los requisitos mínimos exigidos, como sí lo hace el artículo 3º, que estatuye la sanción de nulidad para la incorporación de limitaciones a la comercialización<sup>40</sup>”.

---

<sup>39</sup> Cám. Nac. Com., Sala B, Capital Federal, 24/8/2000, “Cía. Azucarera Concepción S.A. s/ Concurso preventivo s/ Incidente de dominio por Iturre Marcial E. y otros”, ED 190-116 -50432.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia - Sala Civil y Penal, “S/ Cumplimiento de contrato”, Nro. Sent: 95 Fecha Sentencia: 25/03/2013, Registro: 00033884-01. En el fallo se hace referencia a “Ley 25.113 – Contrato de Maquila”, Código Civil y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, Belluscio (Director) – Zannoni (Coordinador), Tº 9 (Astrea, Buenos Aires, 2004), p. 1211.

Sin perjuicio de ello y siguiendo la tradición de intervencionismo estatal en la producción del azúcar, se dictó la Resolución General (AFIJ) N° 3099/2011 (B.O. 13/05/2011), mediante la cual se ordena la registración de los contratos de maquila azucareros. Como detalle trascendente surge que el deber de registrar se encuentra a cargo del Industrial elaborador (art. 2) y se autoriza al productor cañero para efectuar la consulta de si se encuentra registrado (art. 8).

Por cierto que analizar los efectos impositivos del contrato de maquila, supera las aspiraciones del presente estudio, razón por la cual se hace referencia a una doctrina judicial de Tucumán que ha tenido mucha influencia en la zona.

En efecto, sobre el tema impositivo la Corte Suprema de Tucumán explicitó que “en cumplimiento del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, al que adhirió la Provincia de Tucumán mediante la Ley N° 6.496, se dictó el Decreto N° 257/3 del 21/02/1994, modificatorio del mentado Decreto N° 2.507, a través del cual se incorpora al régimen de alícuota cero por ciento (0%) para los impuestos a los Ingresos Brutos y Salud Pública a distintas actividades, entre ellas la fabricación y refinación de azúcar (cfr. art. 1, inc. B, ap. h-2 y art. 5 in fine), en tanto reúnan las condiciones que la misma norma establece para poder acceder a tal beneficio (cfr. art. 1 bis). Dicha reforma resulta de trascendental importancia para la adecuada solución del presente caso donde, por particularidades propias del régimen legal en el que encuadra el contrato celebrado por el actor, es posible sostener un desdoblamiento en la actividad generadora de ingresos para el demandante consistente, por un lado, en la producción primaria de caña de azúcar y, por el otro, en la producción industrial o manufacturera de azúcares. Es que si por imperio de la ley, dentro de la modalidad del contrato de maquila, el productor agropecuario mantiene en todo el proceso de transformación la propiedad sobre la materia prima y luego sobre la porción del producto final que le corresponde (cfr. art. 1 Ley N° 25.113), resulta incontestable la participación de aquél en la segunda etapa de industrialización, sin perjuicio de que la cara visible de esta última sea su co-con-

tratante, el procesador o industrial. En esa línea de razonamiento, pese a no derivar de la producción primaria strictu sensu (como sería el caso de lo obtenido por la venta de caña de azúcar que realiza el productor cañero) y aun cuando en pureza no integran la relación bilateral del contrato de maquila (la que se agota en el suministro de materia prima y la entrega del producto final resultante), los ingresos en cuestión están alcanzados de todos modos por el beneficio eximente de la alícuota cero, en la medida que tienen su origen en la actividad tipificada por el artículo 1, inciso B, apartado h-2-2, del Decreto N° 2.507/03 y su modificatorio (“Fabricación y refinación de azúcar”), y no se da a su respecto el supuesto de exclusión que -de manera consecuente con el punto 4.e in fine del Pacto Fiscal- prevé el referido artículo en su apartado h-2-8 in fine, al estar acreditado en la especie que la venta de azúcar a la que aluden los actos administrativos cuya nulidad se demanda no ha sido hecha a consumidores finales<sup>41</sup>”.

## VI. Influencia en el contrato de maquila harinera

En la historia económica argentina existe una rara singularidad dado que si bien la región de Cuyo no es la zona más apta para el cultivo del trigo, la celebración de contrato de maquila harinera se conoció inicialmente en esta zona<sup>42</sup>.

Ello tiene una explicación lógica como es la existencia de ríos de montaña con desniveles pronunciados que transferían la fuerza necesaria para mover la piedra del molino.

---

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, Tucumán, “S/ Nulidad/ Revocación”, Nro. Sent: 648 Fecha Sentencia: 05/09/2011, Registro: 00029570-01.Ver: CERDA, Luis F., “Actualidad en jurisprudencia de la provincia de Tucumán 4/2011”, Cita Online: 0003/015704.

<sup>42</sup> CORIA LOPEZ, Luis Alberto, “El Molino Correas. Los mercados del trigo y la harina en el siglo XIX”, [http://www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/coria\\_lopez.pdf](http://www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf/coria_lopez.pdf), en San Juan se producía harina de trigo por este sistema en los Molinos situados en Jachal (Huaco) e Iglesia.

Con la evolución técnica ello desapareció y hoy los molinos harineros se encuentran situados en la zona de la pampa húmeda de Argentina donde se realiza el cultivo intensivo del trigo.

Con la nacionalización de la reglamentación del contrato de maquila producido a partir de la sanción de la Ley 25.113 se verifica una notable preocupación de las autoridades por controlar, de un modo particular, la producción y comercialización de la elaboración de harinas derivadas del trigo por el sistema de maquila dentro de un control genérico de la actividad.

Cabe acotar, en este punto, que la preocupación no fue por reglamentar el contenido del contrato de maquila que evidentemente se lo dejó a los lineamientos fijados por la ley 25.113.

Así, inicialmente se dictó el Decreto N° 1.405/2001 (B.O. 5/1172001) se le concedió a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, a través de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (ONCCA) el control del proceso de industrialización de la molienda de trigo creando para ello el Registro de Industrias y Operadores<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Decreto 1405/2001 (B.O. 5/1172001) Artículo 1° — La SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION del MINISTERIO DE ECONOMIA, a través de la OFICINA NACIONAL DE CONTROL COMERCIAL AGROPECUARIO organismo desconcentrado de esa jurisdicción, ejercerá las siguientes facultades:

- a) Fiscalizar las distintas operatorias de las personas físicas o jurídicas que intervengan en la industrialización del trigo.
- b) Crear, modificar o suprimir registros de inscripción para las personas físicas o jurídicas responsables y todos aquellos que, directa o indirectamente intervengan en la industrialización del trigo.
- c) Establecer las condiciones y alcance de la inscripción y su mantenimiento y las causales de suspensión o cancelación de la inscripción.
- d) Suspender o cancelar inscripciones en los respectivos registros.
- e) Crear, modificar o suprimir documentación de transacción comercial, de traslado y/o de tránsito interjurisdiccional.
- f) Establecer mecanismos de intervención previa de movimientos, traslados, venta al mercado interno y exportación de harina de trigo y sus subproductos.

Acto continuo, en la Resolución N° 36/2002 (B.O. 10/6/2002) dictada por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, se establecían los requisitos y condiciones mínimas que deberán cumplir las personas físicas o jurídicas que intervengan en la comercialización y/o industrialización del trigo, sus productos y subproductos, para obtener y mantener vigente su inscripción en el Registro de Industrias y Operadores de la Molienda de Trigo, el cual, se define, dependerá de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario.

Esta normativa fue reformulada por la resolución 653/204 (B.O. 2/8/2004) dictada por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos incorporando en la registración a la producción de harina por el sistema de maquila.

En esa resolución debidamente modificada se reglamenta, en el art. 2, que las personas físicas o jurídicas que pretendan llevar a cabo actividades relacionadas con la comercialización y molienda de trigo, deberán inscribirse en el Registro, tanto para obtener

---

g) Suscribir convenios con entidades públicas y/o privadas tendientes al cumplimiento del presente decreto.

h) Disponer la realización de inspecciones, operativos y auditorías de carácter técnico y/o administrativo, tendientes a verificar y supervisar el cumplimiento de la normativa vigente, coordinando su accionar con otros organismos competentes, cuando ello resulte necesario.

i) Designar agentes públicos investidos con atribuciones para hacer cumplir las disposiciones del presente decreto, especialmente facultados para inspeccionar, labrar actas de comprobación de infracciones y proceder a su notificación, secuestrar documentación, requerir la colaboración de la fuerza pública toda vez que se estime necesario, clausurar preventivamente cualquier establecimiento industrial o en el que se presten servicios sujetos al control dispuesto por el presente decreto, en el que se hubieren cometido infracciones.

Art. 2° — Quedan comprendidas en el presente decreto, las actividades relativas a la industrialización del trigo.

Art. 3° — La SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y ALIMENTACION del MINISTERIO DE ECONOMIA será la Autoridad de Aplicación del presente Capítulo.

como para mantener su inscripción, los requisitos y condiciones generales y particulares que para cada actividad se establecen en la presente resolución.

En el art. 3, de esta resolución, se caracterizan los sujetos que intervienen en un pacto de maquila.

Así, en el inc. 1 se define que por “Molino de Harina de Trigo” se identifica a la persona física o jurídica que realiza la molienda de trigo de su propiedad y/o de terceros, con destino al mercado interno y/o de exportación, en plantas propias y/o que le sean arrendadas y/o concedidas y/o cedidas a título oneroso o gratuito.

A su vez, en el inc. 2, se precisa que por “Usuario de Molienda de Trigo” se entenderá a la persona física o jurídica que contrata el servicio de molienda de trigo con un Molino de Harina de Trigo. Se consideran incluidas en esta categoría, y por lo tanto, sujetas a las obligaciones establecidas en la presente resolución, a las personas físicas o jurídicas que contraten la molienda de trigo mediante la forma jurídica del contrato de maquila. En este supuesto, la inscripción será otorgada como ‘Usuario de Molienda de Trigo bajo la modalidad de Maquila’<sup>44</sup>.

Por su parte, en el art. 6 se establecen los requisitos particulares a cumplimentar por los operadores contemplados en el art. 3 para acceder a su registración.

En ese sentido, específicamente se exige en el inc. 2.6. para quienes soliciten operar en carácter de Usuario de Molienda de Trigo bajo la forma jurídica del contrato de maquila que deberán presentar, además de los requisitos generales y particulares indicados para los Usuarios de Molienda de Trigo, el respectivo contrato de maquila vigente, otorgado con las formalidades exigidas por la Ley N° 25.113 y completar, sin falsear ni omitir datos, el formulario ‘Declaración Jurada de Productor Agropecuario ante la ONCCA’ que, identificado como Anexo I, forma parte integrante de la presente resolución. Dicho formulario deberá ser suscripto por el solicitante y deberá contar con firma certificada por Escri-

---

<sup>44</sup> Art. sustituido por art. 6° de la Resolución N° 653/2004 653/2004 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos B.O. 2/8/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial.

bano Público o Autoridad Judicial. Asimismo, el solicitante deberá acreditar la constancia de inscripción en el Registro Fiscal de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas de acuerdo a lo contemplado en la Resolución N° 1394 de fecha 12 de diciembre de 2002 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica entonces en el ámbito del ex-Ministerio de Economía y sus modificatorias.

En este punto del recordatorio de las normativas es oportuno destacar un detalle de notable trascendencia, como es que la Resolución 653/2004 de la S.A.G.P.yA., introduce en la Resolución 36/2002 de la misma entidad, en la categoría de “Usuario de Molienda de Trigo” a los productores primarios que contratan la elaboración por el sistema de maquila que había introducido para el comercio de granos la Resolución Conjunta 456/2003 456/2003 y General 1593, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos y Administración Federal de Ingresos Públicos (B.O. 7/11/2003).

Pero el detalle no menor es que lo hace colocando, en el art. 1 inc.2.10., al productor de trigo en la categoría de “Industrial”. Es decir, descategorizándolo de su natural función como productor primario que le reconoce la Ley 25.113.

Este modo de reglamentar la producción de harinas de trigo por el sistema de maquila se ha consolidado en las normas posteriores que han actualizado y perfeccionado el modo de registración y control. Así se verifica en la Resolución 7/2007 de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario (B.O. 9/3/2007), mediante la cual se crea el “Registro de Operadores del Comercio de Granos”. De igual modo, en la Resolución Conjunta 4956/2007 y General 2324 de la ONCCA y Administración Federal de Ingresos Públicos (B.O. 17/10/2007) donde se establecen las formas, plazos y condiciones aplicables a los efectos del cumplimiento del deber de información dispuesto por el Artículo 3° de la norma conjunta Resolución N° 456 y Resolución General N° 1593 antes referenciada. También, en Resolución 7953/2008 (B.O. 4/12/2008) modificada por la Resolución 7127/2009 (B.O. 1/9/2009) de la ONCCA donde se crea el Registro Único de Operadores de la Ca-

dena Comercial Agropecuaria Alimentaria. Y, finalmente, en la Resolución Conjunta Resolución General 2556, Resolución 1173/2009 y Disposición 3/2009, Administración Federal de Ingresos Públicos, Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario y Subsecretaría de Transporte Automotor (B.O. 9/2/2009) en la cual se reglamenta el uso obligatorio del Formulario “Carta de Porte para Transporte Automotor y Ferroviario de Granos”.

## VII. Reflexiones finales

La relación económica entre el productor agrícola y el industrial para elaborar por el sistema de maquila tuvo su origen como tributo en el feudalismo francés receptado en España, donde a la imposición se la denomina “maquila” por influencia de la cultura árabe.

Esta relación nace y se desarrolla en paralelo con la evolución de la industrialización en sus distintas etapas y ha recibido la influencia directa de los fenómenos sociales y políticos, al punto que después de la Revolución Francesa se sancionó su formal desaparición.

Sin perjuicio de ello, resulta ineludible relatar que la influencia cultural de España en la Argentina, trajo, no en los textos legales sino arraigado en la costumbre de los inmigrantes que vinieron a esta nueva nación a cultivar sus simientes, el concepto de elaboración por el sistema de maquila.

En la República Argentina, las crisis económicas, regionales o generalizada, motivaron la necesidad de regular el contrato de maquila, primero para algunas producciones en particular (vino - azúcar) y, finalmente, para todo tipo de industrialización de productos agrícolas ganaderos. Es decir, que el subdesarrollo económico tornó imperante su reglamentación para fomentar la cooperación empresarial.

Por su parte, se tiene noticia cierta en estos últimos tiempos que éste particular contrato emerge nuevamente de los certificados de defunción en una economía ampliamente desarrollada e integrada comunitariamente, como es la española en el ámbito del

Mercado Común Europeo, motivada por la promoción, con subvenciones, de la industria de la transformación<sup>45</sup>.

El contrato de maquila que tiene la esencia del “Ave Fénix” debe ser tenido muy en cuenta no solo en las crisis económicas donde vuelve con esplendor sino en los tiempos de buenas cosechas por su utilidad como herramienta de cooperación empresarial para incrementar la producción y con ello, el desarrollo del país.

---

<sup>45</sup> ALFERILLO, Pascual E., “El contrato de maquila en España y Argentina”, <http://www.astrera.com.ar/boletines/octubre2016/>; <http://www.astrera.com.ar/doctrina/articulos/el-contrato-de-maquila-en-espana-y-argentina>.



**Las medidas de salvaguardia como instrumentos reglados de protección a la producción nacional, en caso de aumentos imprevistos en las importaciones**

AB. MAGISTER JOSÉ LUIS LÓPEZ CERVIÑO



## I. Introducción

La reciente importación de vinos a granel procedentes de la República de Chile, por parte de algunas empresas bodegueras de las provincias de Mendoza y San Juan, con destino de fraccionamiento y distribución en el mercado interno, ha generado un álgido debate a nivel regional, con particular preocupación en aquellos que integran alguno de los eslabones de la cadena productiva vitivinícola argentina, en especial de la zona de Cuyo, como asimismo de diferentes estamentos de gobierno de las provincias citadas.

Las críticas provenientes desde los sectores productivos, sea en forma singular o a través de aquellas agrupaciones que nuclean los intereses de éstos, e incluso por parte de funcionarios gubernamentales, se alzaron en contra del ingreso de estos caldos vínicos chilenos, centrandos sus argumentos en la necesidad de aplicar medidas que tiendan a desalentar dichas importaciones, ya sea gravando el fraccionamiento y la elaboración o quitando exenciones a aquellas bodegas que elaborasen vinos de procedencia extranjera.

Los hechos descriptos evidencian reclamos concretos, que ponen de manifiesto legítimos intereses esgrimidos por parte de diferentes actores que componen aquella rama de producción nacional, que se sienten afectados por una situación en concreto (importación de vinos –en el caso, provenientes del vecino país trasandino– para su fraccionamiento y distribución en el mercado interno).

La situación suscitada, nos motiva a efectuar diferentes interrogantes: ¿existen normas que regulen estos sucesos? ¿Cuál sería el bien jurídico protegido? ¿Ante qué organismo corresponderá efectuar el reclamo? ¿La problemática se circunscribe a las normas nacionales y provinciales, o abarcan normas de derecho internacional? ¿Qué mecanismo o procedimiento rige para este tipo de circunstancias?

Sin pretensiones de agotar el tema propuesto, en breves líneas procuraré presentar algunos elementos que nos ofrece el derecho

interno y el derecho internacional, en la intención de hacer un aporte al debate generado, delineando una alternativa de solución, desde la perspectiva que ofrecen algunos convenios internacionales de aplicación al caso, de los que nuestro país forma parte y que no aparece lo suficientemente explorada, a tenor del tratamiento del tema que nos llega desde los diferentes medios de prensa que se han hecho eco del caso y a los que puede accederse públicamente.

## II. Normas de derecho interno y de derecho internacional

A través de la Ley N° 24.425, la República Argentina incorporó con fuerza de ley a su derecho interno, el Acuerdo de aprobación del Acta Final de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales; las decisiones, declaraciones y entendimientos ministeriales y el Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio<sup>1</sup> y sus cuatro Anexos.

Vale recordar que la OMC es la sucesora del GATT<sup>2</sup> de 1974 y que en prieta síntesis, es considerada la única organización internacional que se ocupa de las normas globales que rigen el comercio entre los países. A lo que podemos añadir, que su principal función es la de garantizar que las corrientes comerciales circulen con la máxima fluidez, previsibilidad y libertad posibles<sup>3</sup>.

Nuestro país es miembro del GATT/47, desde el 11 de octubre de 1967 y miembro de la OMC, desde el 1° de enero de 1995.

En el sistema jurídico de la OMC, se destaca el régimen de Acuerdos Abarcados. Estos acuerdos son extensos y complejos, e involucran a diferentes textos jurídicos que engloban una gran variedad de actividades, entre las que se encuentran las siguientes materias: aranceles aduaneros y comercio (GATT-94), agricultura,

---

<sup>1</sup> En adelante OMC.

<sup>2</sup> Acrónimo que significa: General Agreement on Tariffs and Trade, que en su traducción significa: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

<sup>3</sup> [https://www.wto.org/spanish/res\\_dolo\\_ad\\_s/i\\_nbr\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_dolo_ad_s/i_nbr_s.pdf)

medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, normas de origen, procedimientos para el trámite de licencias de importación, subvenciones y medidas compensatorias, acuerdo de salvaguardias, propiedad intelectual y muchos temas más<sup>4</sup>.

Ahora bien, todos estos documentos están inspirados en diferentes principios que constituyen la base del sistema multilateral de comercio, entre los que sobresalen el de “Nación Más Favorecida”<sup>5</sup> y el de “Trato Nacional”<sup>6</sup>.

El principio de NMF (o “igual trato para todos los demás”), establece que en virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Va de suyo que, si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC<sup>7</sup>.

El principio de TN (o “igual trato para nacionales y extranjeros”), implica que las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado.

Estos principios admiten no obstante, ciertas excepciones, pero restringidas al cumplimiento de estrictas condiciones.

En lo que aquí interesa, es el Acuerdo Sobre Salvaguardias (SG), desde la perspectiva del derecho internacional y de su recepción en el plano del derecho interno, el que conduce al encuadre jurídico del tema en comentario.

Dicho Acuerdo, remite al artículo XIX del GATT/47 (receptado hoy en el GATT/94), que contempla la aplicación de medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados.

El artículo XIX de mención, establece que: “1. a) Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las

---

<sup>4</sup> [https://www.wto.org/spanish/h/thewto\\_s/whatis\\_s/tif\\_s/fact2\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/h/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm)

<sup>5</sup> En adelante, NMF.

<sup>6</sup> En adelante, TN.

<sup>7</sup> *Ibidem*, nota 5.

importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión”<sup>8</sup>.

Por su parte, el Artículo 2 del Acuerdo SG, incorporado a la Ley N° 24.425, establece que: “Un Miembro<sup>9</sup> sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. 2. Las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda”.

En un escenario real, en función de aquellos tratados internacionales suscriptos por nuestro país y en atención a la primacía que éstos ostentan por sobre las leyes inferiores, dentro del orde-

---

<sup>8</sup> El art. XX, admite excepciones generales.

<sup>9</sup> O en caso de que se tratare de una Unión Aduanera: “[ésta] podrá aplicar una medida de salvaguardia como entidad única o en nombre de un Estado miembro. Cuando una unión aduanera aplique una medida de salvaguardia como entidad única, todos los requisitos para la determinación de la existencia o amenaza de daño grave de conformidad con el presente Acuerdo se basarán en las condiciones existentes en la unión aduanera considerada en su conjunto. Cuando se aplique una medida de salvaguardia en nombre de un Estado miembro, todos los requisitos para la determinación de la existencia o amenaza de daño grave se basarán en las condiciones existentes en ese Estado miembro y la medida se limitará a éste. Ninguna disposición del presente Acuerdo prejuzga la interpretación de la relación que existe entre el artículo XIX y el párrafo 8 del artículo XXIV del GATT de 1994”.

namiento jurídico nacional<sup>10</sup>, la aplicación de cualquier medida que tendiese a desalentar importaciones que causaren o amenazaren causar un daño grave a la producción local, podría eventualmente ser considerada incompatible con la normativa OMC, por el Estado miembro que estimase afectados los intereses de su rama exportadora, lo que lo habilitaría a activar el sistema de solución de controversias que rige en el esquema de dicha organización multilateral y que podría culminar en una demanda contra nuestro país ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC<sup>11</sup>.

Las medidas de salvaguardias pueden ser definidas como una medida de defensa comercial de que dispone un Estado miembro, frente al aumento imprevisto de las importaciones en su territorio, derivado de las obligaciones establecidas en las normas OMC. Este aumento imprevisto debe ser de tal magnitud que cause o amenace causar un daño grave a los productores nacionales de productos nacionales o directamente competidores en dicho territorio. A la vez, y como condición específica, el artículo 2.2 del Acuerdo SG exige que las medidas de salvaguardia se apliquen “al producto

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y su complementarie-  
dad con la Ley N° 19.865, sobre la Convención de Viena sobre el Derecho  
de los Tratados, en especial los artículos 26 (Pacta sunt servanda), en  
cuanto a que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cum-  
plido por ellas de buena fe”; y 27, en lo que refiere al derecho interno y  
la observancia de los tratados, en el sentido que “una parte no podrá in-  
vocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del in-  
cumplimiento de un tratado”.

<sup>11</sup> Ejemplos de ello abundan, si tomamos en consideración que la Repú-  
blica Argentina ha participado en el sistema de solución de controversias  
de la OMC, en condición de demandado en al menos 14 veces. En dicha  
condición, por haber aplicado medidas de salvaguardia, puede mencio-  
narse el asunto DS121 – Comunidades Europeas c. Argentina, por el  
tema “calzados”; el asunto DS190 – Brasil c. Argentina, por el tema “te-  
jidos de algodón”; o el asunto DS238 – Chile c. Argentina, por el caso de  
“duraznos en conservas”. En todos estos casos nuestro país debió retirar  
las medidas adoptadas y que fueron objeto de la diferencia.

importado con independencia de la fuente de donde proceda”, lo que da cuenta que la medida de salvaguardia debe aplicarse sin discriminación del Estado miembro de procedencia del producto objeto de la medida de defensa comercial<sup>12</sup>.

Pueden aplicarse únicamente por el tiempo necesario para reparar el daño y facilitar el reajuste de la rama de producción de que se trate. Este tipo de medidas procede cuando: a) existe un aumento de las importaciones causado por una evolución imprevista de las circunstancias, b) las importaciones han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales del producto similar o directamente competidor; y c) existe un plan de reajuste que coloque a la rama de producción nacional en mejores condiciones competitivas al momento de la expiración de las medidas<sup>13</sup>.

### III. Reglamentación en el derecho interno

A través del Decreto N° 1059/96 y siguiendo estrictamente las disposiciones del Acuerdo SG-OMC<sup>14</sup>, se reglamentó en nuestro país

---

<sup>12</sup> Delpiano Lira, Cristian, en “Salvaguardias globales y exenciones regionales. El alcance del artículo XXIV del GATT en la jurisprudencia OMC”, <http://catedrao.mc.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2013/11/DeLpiano-Lira-Cristian.pdf>. Autor cit., también en “Medidas de salvaguardia y exclusiones regionales en la jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista chilena de Derecho*, volumen 42, n° 2, Santiago de Chile, Agosto de 2015. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-3437201500200007>

<sup>13</sup> <https://www.argentina.gob.ar/competencia/procedimientos/cnce/salvaguardia>

[14] Cfr. el Acuerdo SG-OMC: “Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia después de una investigación realizada por las autoridades competentes de ese Miembro con arreglo a un procedimiento previamente establecido y hecho público en consonancia con el artículo X del GATT de 1994. Dicha investigación comportará un aviso público

el procedimiento de investigación previo y necesario para habilitar la aplicación de medidas de salvaguardia.

Los productores nacionales que se sientan afectados por un aumento significativo de importaciones, pueden recurrir a la Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE), dependiente de la Subsecretaría de Comercio Exterior (SSCE), en cuyo seno se desarrollará el procedimiento de investigación.

El Decreto aludido, deja en claro que “sólo se podrá aplicar una medida de salvaguardia después de una investigación realizada por la Autoridad de Aplicación con arreglo a lo dispuesto en el presente Decreto” (cfr. art. 7º).

Una breve reseña de los aspectos procedimentales a tener en cuenta, nos ilustra que<sup>15</sup>:

a) Las solicitudes de investigación por salvaguardias deben ser realizadas por o en nombre de la producción nacional, justificando la representatividad invocada, acreditando personería jurídica, y presentando evidencias suficientes de la existencia del aumento de importaciones y del daño grave, así como de la relación de causalidad entre ambos.

b) Adicionalmente, las peticionantes deberán presentar con su solicitud un plan de reajuste, que coloque a la rama de la producción nacional en cuestión en mejores condiciones competitivas, de acuerdo a las circunstancias, demostrando el esfuerzo que la rama de la producción nacional estaría dispuesta a hacer a tal fin y con-

---

razonable a todas las partes interesadas, así como audiencias públicas u otros medios apropiados en que los importadores, exportadores y demás partes interesadas puedan presentar pruebas y exponer sus opiniones y tengan la oportunidad de responder a las comunicaciones de otras partes y de presentar sus opiniones, entre otras cosas, sobre si la aplicación de la medida de salvaguardia sería o no de interés público. Las autoridades competentes publicarán un informe en el que se enuncien las constataciones y las conclusiones fundamentadas a que hayan llegado sobre todas las cuestiones pertinentes de hecho y de derecho”.

<sup>15</sup> Extraído del Decreto N° 1059/1996.

teniendo asimismo una clara cuantificación de las metas propuestas y un cronograma de ejecución que permita a la SSCE realizar un seguimiento de su cumplimiento a lo largo del tiempo<sup>16</sup>.

c) En base a un informe técnico administrativo que se evaluará, sobre la existencia o no de un aumento de las importaciones del producto en cuestión que hayan causado o amenacen causar un daño grave, se decidirá sobre la procedencia o no de la apertura de la investigación.

d) La procedencia de la apertura de investigación, se dictará por Resolución, acto administrativo que será publicado en el Boletín Oficial dentro de los diez (10) días siguientes a su dictado y se notificará al Comité de Salvaguardias de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

e) La resolución de apertura deberá contener como mínimo: identidad del peticionante; el bien importado que es el objeto de la investigación y su clasificación arancelaria; el nombre del país o países exportadores y los elementos necesarios que aseguren la correcta identificación del producto de que se trate y de su origen; la relación de causalidad existente entre el aumento de las importaciones y el daño o amenaza de daño; la fijación de la fecha en que se celebrará la audiencia, anterior a la finalización del período de investigación, en la que participarán todas las partes interesadas que se acrediten como tales durante la marcha del proceso y en la cual podrán exponer sus opiniones, entre otras cosas sobre si la aplicación de la medida de salvaguardia sería de interés público o no; y un detalle de la medida provisional a adoptarse, en el caso de que ello resulte procedente.

f) La duración de la investigación para la aplicación de una medida de salvaguardia no podrá exceder de nueve (9) meses, contados desde la apertura de la investigación. En circunstancias

---

<sup>16</sup> [https://www .arg en tina. gob.a r/cnce/ proc edimi ento scnce/s alva guard ia/secu enciain vestig acion.](https://www.argentina.gob.ar/cnce/proc edimiento scnce/salvaguardia/segui mientoinvestigacion)

excepcionales este plazo podrá ampliarse hasta un máximo de dos (2) meses más. En el supuesto que corresponda aplicar medidas provisionales, la duración máxima de la investigación será de doscientos (200) días.

g) Se invitará a los representantes de los Gobiernos Miembros de la OMC que tengan un interés sustancial como exportadores del producto objeto de la investigación, a realizar consultas para intercambiar opiniones sobre la posible medida a aplicar. El período de consultas no podrá extenderse más allá de sesenta (60) días. Las conclusiones de las mismas serán plasmadas en un Acta.

h) Finalizadas las consultas, el funcionario pertinente analizará los informes recibidos y evaluará asimismo el plan de reajuste presentado y/o el cumplimiento de las metas parciales, con más las conclusiones que surjan del Acta y, en el plazo de diez (10) días, deberá elevar a la Autoridad de Aplicación el informe propiciando o no la adopción de una medida de salvaguardia.

i) Si se arriba a la conclusión de que las importaciones en la República Argentina de un determinado producto han aumentado en tal forma o en tales condiciones que provocan o amenazan provocar un daño grave a la producción nacional, la Autoridad de Aplicación podrá, dentro del plazo de quince (15) días contados desde la recepción del informe pertinente, instrumentar la aplicación de una medida de salvaguardia con el objeto de amparar el interés general.

j) Las medidas de Salvaguardia podrán tomar la forma de aumento del derecho de importación; de restricción de carácter cuantitativo; o de cualquier otra a disposición de la Autoridad de Aplicación.

k) Las resoluciones que impongan medidas de salvaguardia deberán contener toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho, las razones que hayan llevado a la imposi-

ción de tales medidas, debiendo ser publicadas en el Boletín Oficial dentro de los diez (10) días de su dictado, con especificaciones taxativas.

l) Cuando la Autoridad de Aplicación resuelva la aplicación de medidas definitivas, notificará al Comité de Salvaguardia dentro de los quince (15) días de publicada la resolución en el Boletín Oficial. Se le deberá remitir además toda la información pertinente, que incluirá la relación de causalidad existente entre el daño o amenaza de daño y el aumento de las importaciones, la descripción precisa del producto de que se trate y de la medida propuesta, la fecha de inicio de la medida y la duración prevista, así como el programa de liberalización realizado en aquellos casos en que sea procedente.

m) A los efectos del control y vigilancia de la medida, la Administración Nacional de Aduanas, deberá informar mensualmente al organismo correspondiente los datos de volúmenes y valores de las importaciones sujetas a la medida, desagregados por origen, así como también información sobre el cumplimiento del cupo establecido.

n) La duración de una medida de salvaguardia definitiva se limitará al período necesario para prevenir o reparar un daño o amenaza de daño y facilitar el reajuste de la rama de producción nacional afectada. Este período no podrá exceder los cuatro (4) años, incluido el período de aplicación de una eventual medida provisional.

o) El período de aplicación total de una medida de salvaguardia, incluido el período de aplicación de una medida provisional, y su eventual prórroga, no podrá exceder los ocho (8) años, salvo lo dispuesto por el artículo 9.2 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

p) Son irrecurribles las decisiones que se adopten en ocasión de una investigación o como consecuencia de la misma.

q) Si el peticionante invocara y demostrara a través de los datos volcados en la solicitud que existen circunstancias críticas en las que cualquier tipo de retraso supondría un perjuicio difícilmente reparable que hagan necesaria una medida inmediata, y cuando en forma preliminar se hubiese determinado que existen indicios suficientes con arreglo a los cuales un incremento de las importaciones habría provocado o amenazaría con provocar un perjuicio grave, la Subsecretaría elevará el informe técnico referido en el artículo 10 del Decreto 1059/96, recomendando a la autoridad administrativa correspondiente la procedencia de apertura de investigación conjuntamente con la adopción de una medida de salvaguardia provisional.

r) Las medidas de salvaguardias provisionales deberán adoptar la forma de un aumento de los derechos de importación con relación a su nivel existente (tanto como si este era de “cero” (0), como si era superior) cuando ello esté destinado a impedir o reparar el perjuicio grave. La duración de dichas medidas no puede ser superior a doscientos (200) días y la resolución de aplicación de medidas provisionales deberá ser publicada en el Boletín Oficial, con las especificaciones taxativas del art. 38.

s) El Decreto de aplicación de medidas de salvaguardia en el marco del Acuerdo sobre Salvaguardias, no excluye la posibilidad de aplicación de las medidas de salvaguardia previstas en el Acuerdo sobre la Agricultura y en el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido resultantes de la Ronda Uruguay del GATT —aprobados por ley N° 24.425—, así como también de las medidas de salvaguardia contempladas en otros acuerdos bilaterales<sup>17</sup> o multilaterales actualmente vigentes.

---

<sup>17</sup> A través del Decimoquinto Protocolo Adicional (20/09/1999), al Acta de Complementación Económica N° 35, celebrado entre los Gobiernos de los Estados Partes del Mercosur y el Gobierno de la República de Chile, las partes dispusieron aprobar el Régimen de Medidas de Salvaguardia, que se integra en el Anexo I.

t) En el Anexo I del Decreto se establecen los requisitos que deben cumplimentar las solicitudes de inicio de investigación tendientes a la aplicación de una medida de salvaguardia.

#### **IV. Reflexiones finales**

A modo de conclusión, vemos con claridad que la situación que se ha planteado en relación al ingreso de vinos a granel a nuestro país, proveniente de Chile y destinado al fraccionamiento y distribución en el mercado local, presenta a la producción vitivinícola regional como el bien jurídico a proteger.

La existencia de un dispositivo normativo de orden interno, alineado al orden jurídico internacional, estableciendo un procedimiento reglado que tiende a la protección de toda rama de producción nacional que pudiere verse afectada por un aumento imprevisto en las importaciones, que fuere susceptible de causar o que amenazare causar un daño grave a aquella y que tramita ante organismos nacionales con áreas de competencias específicas en la materia; debería ser un camino a explorar, sin perjuicio de otras alternativas que resultaren conducentes, en tanto y cuanto no configuren una incompatibilidad con la normativa OMC o de otros acuerdos bilaterales en los que nuestro país sea parte.



