





# ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA de la REGIÓN CUYO - ARGENTINA

INSTITUTO DE LA REGIÓN CUYO  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y C.S. DE CÓRDOBA

MENDOZA - SAN JUAN - SAN LUIS.  
REPÚBLICA ARGENTINA. N° I. AÑO I. 2016



Anuario Revista Jurídica de la Región Cuyo - Argentina / Mario  
Castillo Freyre ... [et al.] ; compilado por Pascual Eduardo  
Alferillo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ  
Editores, 2016.

382 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-1938-84-1

I. Derecho. I. Castillo Freyre, Mario II. Alferillo, Pascual Eduardo,  
comp.

CDD 340

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

**IJ International Legal Group**

Coordinación Editorial: Alan Dimaro

Dirección y correspondencia: Viamonte 1454 PB, Cap. Fed.

CP: 1055

TE:5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la ley 11.723

## Índice

<b>Autoridades.....</b>	<b>7</b>
<b>Editorial.....</b>	<b>9</b>
<b>Doctrina.....</b>	<b>11</b>
<b>Algunas consideraciones generales sobre el nuevo Código Civil y Comercial argentino y en especial sobre el Derecho de Obligaciones</b>	
Dr. Mario Castillo Freyre (Lima, Perú) (Profesor invitado).....	13
<b>Sistema del control de constitucional en la Provincia de San Juan</b>	
Ab. Elena de la Torre de Yanzón (San Juan).....	33
<b>Algunas consideraciones sobre el nombre y el apellido de los hijos en el nuevo Código Civil y Comercial</b>	
Ab. Nadia Anahí Tordi ( Mendoza).....	47
<b>Compensaciones económicas en las crisis familiares: una herramienta de equidad</b>	
Dra. Mariel Molina de Juan (Mendoza).....	71
<b>La función preventiva de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación</b>	
Ab. Claudio Fabricio Leiva (Mendoza).....	95
<b>La cuantificación del daño a la integridad psicofísica-social de las personas y el derecho transitorio</b>	
Dr. Pascual E. Alferillo (San Juan).....	137
<b>Expensas Comunes, especial referencia a los art. 2048, 2049 y 2050 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación</b>	
Ab. Erica Von Zedtwitz (Mendoza).....	199

**El fuero de atracción en las acciones personales del acreedor del causante y el Código Civil y Comercial de la Nación**

Mg. Carlos H. Plana (San Juan).....209

**La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge separado de hecho. Aplicación inmediata del Código Civil y Comercial-ley 26.994**

Ab. Roxana Alamo (Mendoza).....223

**La responsabilidad por daño en el derecho internacional privado comparado**

Ab. Pablo Enrique de Rosas (Mendoza).....249

**La acción preventiva: ¿una solución definitiva al conflicto societario?**

Ab. Rodrigo Cuervo (Mendoza).....265

**El concepto de “río” en el Código Civil y Comercial - Ley 26.994/2.014**

Ab. Aldo Guarino Arias (San Rafael – Mendoza).....321

**Corretaje y las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial**

Ab. Juan Pablo Santiago Civit (Mendoza).....329

**Criminología y política criminal: bases para elaborar propuestas preventivas frente al delito**

Dr. Pablo Guido Peñasco.....341

**Tratamiento de la víctima en el proceso penal**

María Eugenia Laigle (San Rafael – Mendoza).....375

**Autoridades**  
**Academia Nacional de Derecho y C.S. 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. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**Revisor de cuentas:** DR. EFRAÍN H. RICHARD

**Presidentes Honorarios**

DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

DR. JUAN CARLOS PALMERO

**Secretario Técnico**

DR. CHRISTIAN G. SOMMER

**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. FAVIO 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

### **Academicos 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)

### **Responsables de la publicación**

#### **Director**

Dr. Pascual E. Alferillo

## Editorial

El tiempo transcurre inexorablemente en la vida de los hombres y de las instituciones. Así, parece que fue ayer cuando, el Dr. Luis Moisset de Espanés, gestionando el sueño de construir una Academia de Derecho y Ciencias Sociales con una impronta federal que cobijara al “país interior” como diría Pedro J. Frías, reunía a los Académicos Correspondiente y principales exponentes de la doctrina de Cuyo en una aula de la Universidad de Mendoza para dar nacimiento al Instituto de la Región Cuyo.

El camino transitado se fue jalonando con diversos encuentros científicos que confirieron una particular impronta a la actividad academia del Instituto que se caracterizaba por la desinteresada participación de los juristas cuyanos en un marco de camaradería que facilitaba a las distintas Secretarías proyectar nuevas actividades. Ello, permitió, entre otras labores académicas, la concreción de publicaciones colectivas e individuales en las cuales se plasmó el pensamiento de los distintos autores teniendo como objetivo su transmisión, en general, a la sociedad y, en particular, a la comunidad jurídica.

Como se infiere, se fueron concretando quimeras y a la par se fueron forjando otras nuevas, como fue la incorporación a la estructura del Instituto, de dos Secretarías en la provincia de San Luis, con lo cual se completó el territorio cuyano.

La dinámica interna, no solo impuso la necesidad de incorporar nuevos Miembros en las distintas Secretarías y suscribir otros convenios de colaboración con instituciones relacionada con el quehacer jurídico que renovaron las ideas e impulsan otros proyectos manteniendo la dinámica de la institución en un marco de mayor influencia institucional.

Ello, sin lugar a hesitación, impone a quienes tienen la responsabilidad de conducir los destinos del Instituto forjar nuevas quimeras, entre las cuales se procuraba concretar un medio permanente de difusión del pensamiento jurídico de los autores de la región de Cuyo.

En esa búsqueda, el encuentro en otros ámbitos académicos con Julio Levene, Director representante de IJ Internacional Legal

Group, permitió avanzar en la idea de una revista donde se publicará *on line*, centralmente, trabajos doctrinarios y la jurisprudencia de la región, sin perjuicio de los autores invitados.

La importancia del proyecto que se concreta en su primera revista, se focaliza en la difusión que la empresa IJ Editores dará al contenido de la *Revista Jurídica de la Región de Cuyo - Argentina*, en todos los ámbitos jurídicos de la República Argentina y en los países de Iberoamérica.

Un párrafo especial merecen los autores por el esfuerzo realizado cuando elaboraron sus investigaciones y fundamentalmente por creer en este proyecto editorial que tiene las puertas abiertas a todos los juristas de Cuyo, sean o no miembros del instituto que deseen expresar su pensamiento en un marco de respeto y libertad.

DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO  
DIRECTOR INSTITUTO DE LA REGIÓN CUYO

**DOCTRINA**



**Algunas consideraciones generales sobre el nuevo Código Civil y  
Comercial argentino y en especial sobre el Derecho de Obligaciones**

DR. MARIO CASTILLO FREYRE (LIMA, PERÚ) (PROFESOR INVITADO)



## I. Introducción

En primer lugar, quiero agradecer profundamente la generosa invitación formulada por los organizadores del evento, para asistir a esta hermosa ciudad de San Juan, que tengo el placer de visitar por primera vez. En especial, mi agradecimiento al profesor Pascual Alferillo, quien tuvo la gentileza de convocarme para participar en estas clásicas Jornadas.

No cabe duda de que el Derecho argentino vive una etapa muy especial, en la medida de que, dentro de poco tiempo, entrará en vigencia un nuevo Código Civil.

En lo personal, viví una etapa similar cuando recién comenzaba mis estudios de Derecho en el Perú, dado que, precisamente, los inicié en agosto de 1984, cuando todavía regía el Código Civil de 1936, pero acababa de ser promulgado, el 24 de julio, el Código que empezaría a tener vigencia el 14 de noviembre de ese mismo año.

Recuerdo cómo, durante toda mi carrera, fue inevitable que nuestros profesores, muchos de los cuales habían sido autores de ese nuevo Código, compararan minuciosamente en sus clases, el contenido del cuerpo normativo de 1936, con el de 1984.

Una reforma legislativa tan importante como aquella que consiste en cambiar de Código Civil, plantea no solo debates, sino también cuestiones ineludibles que resulta necesario mencionar y que, sin duda, van a reproducirse en, prácticamente, todos los países en donde se dé un proceso de esta naturaleza.

## II. La reforma de los códigos y sus problemas

Antes de proceder a abordar algunas ideas sobre el Derecho de Obligaciones en este nuevo Código, voy a permitirme tratar un tema de fondo, que me parece indispensable para situar en contexto las opiniones que se vierten acerca del nuevo Código y del Código que se está derogando.

*2.1. Todo nuevo Código tratará de llenar los vacíos que la doctrina y la jurisprudencia detectaron en el anterior.*

Ello, pues la reforma de un artículo o de una materia abordada en un Código Civil, carecería de objeto si no se hubiese producido, con el transcurso de los años, un proceso en el que se hubieran detectado falencias en la norma.

Dicho esto, lo que corresponderá saber es si el nuevo precepto contiene aspectos que ha resultado necesario o indispensable reformar, o si, por el contrario, solo es fruto de tentaciones académicas.

En otras palabras, la pregunta de fondo será si, en caso que no se hubiese modificado la norma original, el Derecho del país en cuestión, hubiese seguido interpretando lo mismo en torno al problema bajo tratamiento.

Así, siempre estará presente la discusión —inacabable, por cierto—, entre quienes sostengan la imperiosa necesidad de la reforma producida, y quienes estimen lo contrario.

En lo personal, siempre he sido muy cauto en torno a introducir en los Códigos, todo aquello que la doctrina y la jurisprudencia han dado como contenido de vida a una norma legal precedente.

Los profesores de Derecho debemos tener mucho cuidado al transitar ese difícil camino que implica el saber cuándo resulta necesario modificar una norma o una institución en un Código Civil, y cuándo no lo es.

En otras palabras, si la doctrina y la jurisprudencia han dejado aclarado el sentido de un problema, puede que ese «problema» ya no exista en la vida real, habida cuenta de que el Derecho no solo es la norma legal, sino todas las fuentes que lo integran.

*2.1. De lo expuesto, resulta inevitable que siempre haya partidarios y detractores de un nuevo Código Civil*

Es claro que todo proceso de reforma va a acarrear como consecuencia, el que parte del medio jurídico y social apoye la reforma, y otra parte la rechace.

Tomar partido *a priori* por alguno de estos grupos de pensamiento no es lo que corresponde a un extranjero, como es mi caso, quien, sin duda, tiene buenos amigos, tanto en uno como en otro; además de que no soy un experto en el Derecho de este país.

Pero, lo que sí me corresponde es pronunciarme sobre algunas cuestiones que, al igual que las desarrolladas en el punto anterior, considero de validez casi universal.

Ellas pasan por el hecho de que no necesariamente el apoyar un nuevo Código Civil implica estar a la vanguardia del Derecho; lo que acarrea como correlato que tampoco resultará *a priori* cierto, que quienes se opongan a esta modificación legislativa tengan una visión retrógrada del mismo.

No existe un terreno más opinable que aquél referido a cómo debe legislarse una determinada figura o institución; de modo que será totalmente lícito estar a favor de la modificación integral de un Código Civil, como preferir que ella no hubiera ocurrido.

Por lo demás, encontrándonos ante un objeto legislativo tan voluminoso, en la mayoría de casos no se tratará de adhesiones completas en uno u otro sentido.

Es claro que ni los propios autores de un nuevo Código Civil estarán de acuerdo sobre el sentido de todas sus normas, habida cuenta de que legislar de manera colectiva o en comisiones de trabajo, implica una permanente transacción, lo que es inevitable entre todo grupo humano que quiere llevar adelante una determinada empresa.

*2.3. Cuando el medio jurídico ha estado dividido en torno a la idea de cambiar o no de Código Civil, y el proceso ha sido duro, a la vez que difícil, no cabe duda de que el mismo siempre dejará heridas entre quienes han participado en la batalla*

Pero, en estos casos, tampoco debe pensarse que la guerra se ha ganado o perdido cuando se aprueba un nuevo Código, pues allí empiezan otras batallas —tal vez tan o más difíciles que las anteriores—, las mismas que consistirán en demostrar las bondades del Código con respecto a su predecesor, a la par que probar, con el

paso del tiempo y de la práctica jurídica, que las nuevas normas son, no solo en la letra, sino en la vida real, superiores y más beneficiosas que las del Código precedente.

Este proceso, que se inicia con la promulgación legislativa de todo nuevo Código Civil, determinará que la doctrina y la jurisprudencia vayan poniendo en su sitio los nuevos preceptos y aquilatando su verdadero valor jurídico.

Ello significa que el tiempo, finalmente, o dará la razón a quienes propugnaron y elaboraron el nuevo cuerpo normativo, o se la dará a sus adversarios, o, simplemente, que la historia reconocerá que la razón estaba compartida, lo que usualmente ocurre en la vida real.

#### *2.4. El riesgo de las doctrinas hechas ley*

Siendo el Derecho fuente de permanente debate en cuanto al alcance de los conceptos de las diversas figuras e instituciones que lo componen, y siendo nosotros los civilistas expertos en discutir y debatir tales conceptos, a la par que en asumir los propios y rebatir los ajenos, hay un punto sobre el que resulta necesario formular una advertencia; y es el relativo a introducir en los nuevos Códigos conceptos o definiciones que, supuestamente, zanjen el sentido o discusión de las instituciones que se abordan.

Por poner un ejemplo en abstracto, si sobre un tema ha existido siempre una discusión acerca de la conveniencia de interpretar una norma en el sentido de que ella recogía la teoría subjetiva o la teoría objetiva, y tanto la doctrina como la jurisprudencia, se encontraban divididas sobre el particular, no necesariamente será sano que un nuevo Código Civil opte por uno de los dos criterios, pues al fin y al cabo, se trataría de una toma de partido, probablemente, inútil, en la medida de que si esa discusión era tan fuerte en la doctrina y jurisprudencia, el legislador no tendrá suficiente autoridad jurídica como para zanjarla de un plumazo.

Por lo demás, si se pensara que con una decisión de esta naturaleza el problema habría sido superado, se incurriría en una profunda equivocación, pues la nueva norma legal no disipará la divergencia del medio jurídico, sino, probablemente, la acentúa y encrespe.

Así, no se habrá solucionado nada, sino se habrán empeorado las cosas.

### *2.5. El Derecho Civil y la Política*

Lo ideal es que el debate sobre las modificaciones normativas en el campo civil, no esté contaminado por la discusión político-partidaria.

Cuando hablamos de la modificación legislativa integral en materia civil, no hay duda de que estamos ante un tema de la mayor importancia para la población, y ella debe producirse de cara a la sociedad en su conjunto, pero fundamentalmente, ser objeto de un debate técnico, académico y estrictamente ceñido a los ámbitos de la profesión.

Me temo que cuando las modificaciones de los Códigos se contaminan con la discusión política, poco o nada bueno aporta esta situación al ámbito civil.

No olvidemos que no estamos ante el debate de una nueva Constitución, sino ante el de un nuevo Código Civil.

Además, si sumamos las pasiones políticas a las pasiones jurídicas, es fácil advertir que nos encontraremos ante una combinación altamente explosiva. Ello ocurrió en mi país, cuando la más reciente dictadura emprendió la frustrada tarea de una reforma integral del Código.

Digo esto, en razón a que los Códigos Civiles deben tener una firme vocación de permanencia en el tiempo, lo que brinda estabilidad y progreso a las sociedades que están destinadas a regir.

### *2.6. Por último, los debates y las críticas que ineludiblemente surgirán en todo proceso de modificación legislativa, deben estar dirigidos al combate de las posiciones jurídicas y no al de sus autores*

En el Derecho Civil y en la vida profesional y académica debe prevalecer la mayor consideración por el otro, por más de que sus posiciones las estimemos profundamente equivocadas.

En casos como estos, lo que uno debe pretender es vencer la posición del otro; no destruir al otro.

Quisiera que me disculpen por haber destinado la primera parte de mi ponencia al desarrollo de estas ideas generales sobre la reforma de los Códigos Civiles, las mismas que he trabajado y desarrollado a lo largo de los años, en razón de la experiencia vivida en mi país, cuyo Código, de 1984, no obstante su juventud, ha intentado ser reformado —sin éxito— de manera integral en múltiples ocasiones, prácticamente cada cinco o diez años.

Siempre me opuse frontalmente a todos los intentos y comisiones reformadoras de ese Código, situación que, confieso, me acarrió la pérdida de algunos buenos amigos en el medio académico.

Pero, en estas materias, lo más importante es exponer aquello en lo que uno cree, siendo consciente de que nadie es dueño de la verdad absoluta.

### III. Algunos comentarios sobre el nuevo Código y el Derecho de Obligaciones

La segunda parte de mi ponencia se va a centrar en el análisis de algunos preceptos relacionados al Derecho de Obligaciones que ha regulado el nuevo Código Civil y Comercial argentino. Me centraré en la referencia de algunas de dichas normas, pues no constituye objeto de esta ponencia el análisis integral de esta parte de la legislación de un país distinto al mío, lo que, por lo demás, escaparía razonablemente a las pretensiones de esta intervención.

#### 3.1. *El concepto de obligación (artículo 724 del nuevo Código)*

Como sabemos, las obligaciones constituyen una de las más importantes partes del Derecho Privado, pues la vida social depende de ellas.

Como acertadamente sostiene el profesor Ordoqui Castilla,<sup>1</sup> el Derecho de las Obligaciones ha cobrado particular trascendencia en el mundo moderno, pues sobre sus fundamentos jurídicos se

---

<sup>1</sup> Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*. Montevideo: Ediciones «del Foro», 1998, tomo I, p. 23.

apoyan las instituciones económicas internacionales en mayor nivel por su importancia y participación en el desarrollo económico y cultural de América y del mundo.

Tal trascendencia en el mundo moderno, conduce —a mi criterio— a la necesidad de que los Códigos definan cada vez menos figuras sobre las que no se requiere una definición específica o —peor aún— sobre las que hay infinidad de conceptos.

Debemos recordar que Vélez Sarsfield, en la nota a su artículo 495, explicitó las razones por las que consideraba impropio o extraño a un Código de leyes la formulación de definiciones: lo estimó ajeno a las atribuciones del legislador, pero sí «del dominio del gramático y del literato en el lenguaje ordinario y atribución del profesor cuando la expresión es técnica».

Digo esto y, al mismo tiempo, me refiero concretamente al concepto de obligación que plantea el nuevo Código a través de su artículo 724, según el cual:

#### Artículo 724.- *Definición*

La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.

Como se puede apreciar, la definición recogida en el citado numeral pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la estructura institucional de la obligación, en la que aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligatoria. Es más, muchos profesores de Derecho, entre ellos quien hace uso de la palabra, podríamos suscribir el concepto contenido en el artículo 724.

Sin embargo, lo aparentemente útil de dicha definición es que intenta ingresar —de modo implícito— al debate en torno al carácter de las denominadas obligaciones naturales, categoría de obligaciones que carecen del rasgo de exigibilidad. Y ello es así, ya que con la frase «derecho a exigir» se estaría estipulando que cuando no existe exigibilidad, nos hallaríamos en presencia de un típico caso de obligación natural.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos recordar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentinas, ya se han encargado de precisar conceptos en torno a este asunto. Así, la referencia a la exigibilidad que hace la norma del nuevo Código, con el término «exigible», resulta reiterativa e innecesaria, ya que ella es presupuesto de toda obligación. En tal sentido, en lo que se refiere a este aspecto, dicho extremo de la definición legal, resulta innecesario.

Otro tema que creo podría ser reconsiderado en relación al contenido del artículo 724 del Código Civil, es el extremo en el que señala que ante un incumplimiento se podrá forzar a la parte que no cumplió a la satisfacción de dicho interés.

Como sabemos, esta afirmación no necesariamente constituye el único camino ante un incumplimiento, y es que también podría pensarse en la posibilidad (por lo demás válida y completamente lógica en términos prácticos y jurídicos) de permitir que se deje sin efecto la obligación, con el consecuente pago de la indemnización por los daños y perjuicios que tal incumplimiento hubiera causado, si fuese el caso; lo cual, además, no constituye la satisfacción del interés (que era la prestación incumplida), sino más bien la única alternativa que el acreedor ahora poseería.

Por otra parte, es claro que no siempre se podrá obligar a una persona a cumplir con la obligación. Ello, en muchos casos, colisionaría con la libertad del ser humano y con los límites que —desde ya hace mucho— impone el Derecho Civil al cumplimiento forzoso de las obligaciones. Tampoco el acreedor conservará necesariamente el interés en un cumplimiento en especie de la obligación.

Aspecto que merece comentario aparte, es el referido al uso en singular que se realiza de los términos «acreedor» y «deudor» y es que con ello se está dejando de lado la figura —muy común, por cierto— de la obligación con pluralidad de sujetos. Lo mismo ocurre con el término «prestación», ya que con esa referencia se deja de lado a las obligaciones de objeto plural, en que hay que ejecutar más de una prestación, y específicamente me refiero a las obligaciones conjuntivas. Así las cosas, en este sentido, la definición que otorga el nuevo Código al término «obligación», no solo es imprecisa sino incompleta.

Debemos poner énfasis en el hecho de que toda definición siempre regulará aspectos que, en algunas ocasiones, podrían considerarse obvios y, por ende, innecesarios. A contrario, toda definición siempre dejará de lado aspectos muy importantes, como los que nos hemos permitido señalar.

Además, debe tenerse en cuenta que una definición implica un corte en determinado tiempo, espacio y lugar; es decir, es como una fotografía que se toma a una realidad específica. En ese sentido, si un Código Civil contiene definiciones, su vocación de permanencia (que de por sí le debería ser inherente, ya que nadie promulga un Código pensando en derogarlo luego de corto tiempo) se desvirtuaría. Es como si el propio autor de una obra la condenara a una muerte prematura antes de nacer.

Por eso es que siempre he creído que la tarea de definir debe ser dejada a los profesores de Derecho, en los libros que escriban.

Dentro de tal orden de ideas, me parece que hubiera podido prescindirse del contenido del artículo 724 del nuevo Código.

### *3.2. Obligaciones de dar dinero (artículo 765 del nuevo Código)*

#### *Artículo 765. Concepto*

La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Como se puede observar, la primera parte del citado artículo es obvia y, tanto el supuesto de hecho como su consecuencia, resultan plenamente válidos. Por ello es que no me voy a detener en este punto.

Lo que sí me llama la atención, es el contenido de la segunda parte, que establece que «si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en

la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal».

En principio, quiero poner énfasis en el hecho de que el numeral bajo análisis se encuentra contenido en el Parágrafo 6, «Obligaciones de dar dinero», de la Sección 1, «Obligaciones de dar», del Capítulo 3, «Clases de obligaciones», del Título 1, «Obligaciones en general», del Libro Tercero, «Derechos personales», del Código Civil y Comercial.

En ese sentido, una primera interrogante es la relativa a por qué se mezclan conceptos y se incluyen supuestos y figuras normativas que no poseerían una relación directa, como es el caso de las obligaciones de valor (concepto distinto a las obligaciones de dar dinero, que se regula en el artículo 772).

Si nos encontramos ante un parágrafo, como el sexto, que regula expresamente las obligaciones de dar dinero, pues entonces, solo este concepto debería encontrarse regulado en el parágrafo; y no otro.

Como señalaré más adelante, las obligaciones de dar monedas extranjeras, son obligaciones de dinero, y la nueva norma recurre al eufemismo y al error conceptual de considerarlas obligaciones de dar cosas distintas al dinero.

El supuesto normativo establece que si la obligación se constituye en moneda que no es de curso legal en el país, se «deberá» considerar la deuda como una de dar cantidades de cosas. Así, hubiera sido preferible, primero, señalar que dicha deuda se deba pagar en la moneda extranjera pactada. Total, si a las obligaciones de dar monedas extranjeras se les considera obligaciones de dar cantidades de cosas (distintas al dinero, ya que este también es una cosa), pues entonces, lo lógico sería que se entreguen tales cosas dentro del artículo 766 del propio nuevo Código.

Lo mismo que ocurre si me obligo a dar mil naranjas, debería ocurrir cuando me obligue a dar mil dólares americanos. Aquí manda el principio de identidad.

Esta debería ser siempre la primera opción, y la facultad de pago podría dejarse como se ha señalado, es decir, facultando al deudor para pagar esa prestación en moneda argentina.

Por otro lado, un aspecto importante a destacar es que la norma no aclara cómo es que se determinará el «equivalente en moneda de curso legal».

Y este no es un tema menor, ya que tengo la impresión de que el contenido del precepto no otorga seguridad jurídica a las transacciones que reúnan los supuestos que regula esta norma. Digo ello, ya que no necesariamente existirá coincidencia entre la cotización oficial de la moneda extranjera con la moneda nacional, y el tipo de cambio o cotización comercial, de la misma. Esto generaría que se pueda terminar pagando un valor diminuto, expresado en pesos argentinos.

Compartimos el parecer de Salerno,<sup>2</sup> cuando señala que en casos en que el tipo de cambio oficial tenga una clara distorsión con el valor comercial de la moneda extranjera, adoptar una solución como esta implicaría un riesgo de grave inequidad para el acreedor. Lo correcto en casos como estos, es que el deudor deba —necesariamente— pagar en la especie pactada, es decir, en la moneda extranjera en la que se contrajo la obligación.

Dentro de tal orden de ideas, debo anotar que el artículo 765 del nuevo Código posee una serie de aspectos que bien podrían afinarse, en aras de otorgar mayor seguridad jurídica cuando nos encontremos ante obligaciones que deban pagarse en moneda distinta a la del curso oficial.

Por lo demás, solo una reflexión final al respecto, y es la relativa a la naturaleza de las monedas extranjeras.

Vieja es la discusión en el sentido de si ellas son o no dinero.

Es evidente que dentro de una perspectiva absolutamente nacionalista, solo será dinero del país la moneda de curso oficial; situación que no constituye obstáculo alguno para considerar que las monedas extranjeras también son dinero en sus respectivos países.

---

<sup>2</sup> SALERNO, Marcelo. «Obligaciones dinerarias». En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina & El Derecho, 2012, p. 359.

Por lo demás, las deudas contraídas en monedas extranjeras, no son deudas de valor, sino deudas dinerarias que deberán pagarse en el dinero del país en cuya moneda se ha contraído la obligación.

Prueba de ello es que cuando uno contrae una obligación en dólares americanos, o en cualquier moneda de país extranjero, no se está obligando a dar un valor, sino una cantidad de dinero de ese país.

El tema del valor solo entra a tallar cuando la ley concede la facultad de pago en moneda local, como ocurre en la Argentina y en el Perú, en donde las obligaciones contraídas en moneda extranjera, son obligaciones de carácter facultativo, siendo la prestación principal el pago en la moneda extranjera pactada, y la prestación accesoria el pago en moneda peruana, en principio, al tipo de cambio del día del vencimiento de la obligación, regla que sufre algunas variaciones en caso el deudor incurra en mora.

Debo aclarar que entiendo la razón por la cual el tema se trata de esta manera en el nuevo Código argentino, habida cuenta de que aquí existe una política macroeconómica de control de cambios, y no un régimen de libre mercado en cuanto a las monedas extranjeras.

### *3.3. La cláusula penal (artículos 790 y siguientes del nuevo Código)*

El nuevo Código Civil y Comercial argentino, ofrece la posibilidad de que los sujetos de la relación obligacional, en ejercicio de su autonomía privada, puedan establecer una cláusula penal en el contrato que celebren.

Como sabemos, la cláusula penal es la estipulación que se incluye en un contrato y se refiere a la pena o penalidad (cuantificada usualmente en términos monetarios), convenida para el caso en el que una de las partes incumpla alguna prestación.

No voy a referirme a aspectos gramaticales o accesorios del tema, sino a uno fundamental, cual es su mutabilidad o inmutabilidad. El artículo 793 del nuevo Código estipula:

### Artículo 793. *Relación con la indemnización*

La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente.

Creemos que aquí se habría cometido un error y es que podría —verdaderamente— presentarse el caso en el cual los daños y perjuicios sean mucho mayores que el monto pactado como penalidad.

Como sabemos, la cláusula penal posee una función «formalmente» indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva. Y decimos «formalmente», pues solo lo será en tanto indemnice daños y perjuicios causados. Cualquier exceso podrá tener carácter punitivo, mas no indemnizatorio.

Si la cláusula penal fuera diminuta, teniendo en cuenta la regulación que posee el nuevo Código, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre, en este caso, solo indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. Ello es injusto, pues las penalidades se pactan a manera de sanción y disuasión del incumplimiento contractual, pero bien podría ocurrir que tales previsiones terminen siendo diminutas si se comparan con los daños sufridos.

Aquí hubiera sido conveniente establecer como excepción el caso del pacto de indemnización por daño ulterior.

Otro tema que me parece interesante abordar es el relativo a la posibilidad de que los jueces disminuyan las penas. Dicha facultad se encuentra regulada en el artículo 794 del nuevo Código:

### Artículo 794. *Ejecución*

Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno.

Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Aquí nos encontramos ante la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, lo que conllevaría —en principio— a desnaturalizar la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando la considerase desproporcionada, dicha parte —y también el acreedor— tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inexecución son menores a la suma estipulada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la penalidad, entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta por ley, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal, o que, incluso, son superiores a dicho monto.

No quiero que el auditorio piense que soy partidario de la inmutabilidad de la cláusula penal, porque en realidad no lo soy.

Si bien en mis obras siempre he respaldado la fuerza que debe tener dicha cláusula y las facilidades que deben existir para su cumplimiento, ello no implica que en la práctica toda penalidad deba pagarse tal cual haya sido convenida.

Creo que los jueces sí deben tener, como de hecho también lo tienen dentro del ámbito del nuevo esquema argentino, la posibilidad de reducir las penalidades cuando la obligación ha sido parcialmente cumplida (artículo 798 del nuevo Código).

Es claro que en un caso como este, si el deudor solicitara la reducción de la pena, y la porción de la prestación que se hubiese ejecutado revistiera utilidad para el acreedor, entonces, corresponderá reducir el monto de la penalidad.

Idéntico razonamiento podemos desarrollar cuando el cumplimiento de la obligación es defectuoso o irregular, pero a pesar de no tratarse de un cumplimiento idóneo, el mismo hubiera revestido beneficio para el acreedor.

En ambos casos, claro está, cabe que los tribunales, a solicitud de parte, reduzcan el monto de las penas, simplemente, porque de lo contrario se estaría consumando una injusticia.

El problema central se plantea cuando entramos al terreno de la subjetividad, que en el caso del nuevo Código argentino, se consagra con la extensa, alambicada y, a mi juicio, complicada expresión: «cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor».

Este problema en el Perú lo tenemos con el artículo 1346 del Código de 1984 y la posibilidad de reducir la pena a solicitud del deudor, «cuando ella sea manifiestamente excesiva».

Creo que podemos coincidir en que, tanto la fórmula peruana como la argentina, otorgan importantes facultades a los jueces para reducir la penalidad, pero el artículo 794 del nuevo Código incluye la referencia a un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, lo que creo complica aún más las cosas.

En ese sentido, estimo que estas fórmulas de reducción de la penalidad a que acabo de hacer referencia, deberían ser analizadas dependiendo del carácter o naturaleza de la relación contractual en que se hubiese pactado la pena; ello, pues de no hacerlo, generalmente derivarán en que siempre se pueda reducir el monto de la misma.

En síntesis, creo que la reducción de las cláusulas penales podría prosperar en tanto y en cuanto nos encontremos frente a deudores que han celebrado contratos por adhesión o con cláusulas generales de contratación, pues en ellos será evidente que el deudor poco o nada habrá podido hacer para el establecimiento del monto de la penalidad.

Sin embargo, no pienso lo mismo cuando nos encontramos frente a contratos paritarios o de negociación previa, caso en el cual

la reducción de la penalidad solo debería proceder en los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso, a solicitud del deudor y con las características explicadas en su momento, pero no con la fórmula general, abierta y subjetiva de la última parte del artículo 794 del nuevo Código Civil.

Siempre he pensado en cuál sería la fórmula más justa para regular y aplicar en la práctica la cláusula penal; y ella no pasa, ni por su inmutabilidad absoluta, ni por la permanente posibilidad de reducir el monto pactado.

De igual modo, si hacemos una lectura conjunta de los numerales 793 y 794 del nuevo Código Civil y Comercial, podremos constatar que existe una evidente disparidad entre los derechos que se otorgan al deudor y los derechos que se otorgan al acreedor. Y ello es así ya que, por un lado, se permite que el monto de la cláusula penal pueda ser disminuido por los jueces si este resulta desproporcionado, pero, contradictoriamente, no se permite que dicho monto pueda ser superior o, en todo caso, no se permite que se pueda reclamar a título indemnizatorio, otro monto distinto al establecido en la citada cláusula penal.

Así, pues, nos preguntamos si ello resulta justo; y creemos que la respuesta negativa se impone. En todo caso, reiteramos, lo idóneo hubiera sido que el legislador permita que se pueda estipular la indemnización de un daño ulterior como medida justa ante un supuesto en el que la cláusula penal resulte cuantitativamente menor al daño ocasionado por el incumplimiento.

#### **IV. Comentarios finales**

Para concluir estas palabras, quiero señalar que reconozco muchas bondades en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, comenzando por la propia unificación y la importancia que, de por sí, conlleva.

Analizar y referirme a ellas hubiera sido imposible, dada la naturaleza de mi exposición y la Jornada en la que se enmarca.

Solo nos queda esperar la maduración de este nuevo cuerpo normativo y que la doctrina y la jurisprudencia cumplan el papel

que les corresponde, interpretando y logrando exponer sus verdaderos contenidos.

Un evento tan importante como las Jornadas Sanjuaninas, hace posible que el medio académico continúe debatiendo sobre los alcances del nuevo Código.

No olvidemos que la Argentina tiene un reto muy grande. Tratándose del país con la más rica doctrina civilista de América Latina, toda ella centrada en el Código de Vélez Sarsfield, tendrá ahora que asumir un cambio en su eje de rotación.

Hoy, cuando el objeto de estudio es otro, los países hermanos, que siempre hemos aprendido de la doctrina y del Derecho argentino, estamos ávidos de conocer todos los nuevos aportes y enseñanzas que recibiremos de ustedes.



## **Sistema del control de constitucional en la Provincia de San Juan**

AB. ELENA DE LA TORRE DE YANZÓN (SAN JUAN)



## I. Introducción

El control constitucional nace en la necesidad de mantener la supremacía de la Constitución. Se funda en la existencia de diferente jerarquía de las normas en un Estado de Derecho, en cuyo vértice está la Constitución, como Ley Suprema. El constituyente diseña un sistema que garantice su defensa y otorgue la posibilidad de declarar la invalidez de normas o actos que sean manifiesta y absolutamente inconciliables con su texto.

El sistema previsto en la Constitución provincial de 1986, tiene aristas propias, distintas al sistema receptado en el ámbito federal.

## II. Sistemas de control constitucional

En el derecho comparado, según el órgano que efectúa el control constitucional, distinguimos un sistema jurisdiccional o judicial y uno político. A su vez, el sistema jurisdiccional puede ser difuso, concentrado o mixto.

El jurisdiccional o judicial, tuvo su origen en la Declaración de la Independencia de los EE.UU. Como complemento de la división de poderes del sistema republicano de gobierno, a los fines de mantener el equilibrio entre ellos y su mutua coordinación, se encomendó a los jueces la tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Cualquier juez, sin distinción de grados, tiene la tarea de invalidar, frente a un caso concreto y para esa situación particular, una normativa legal que se oponga a la Constitución. Es un sistema jurisdiccional difuso.

El sistema político nació en la Revolución Francesa (1789). Partió de la premisa que es el pueblo el soberano y supremo legislador, por lo que no puede haber ningún orden superior que modifique su voluntad, volcada en la letra de la ley. Por ello, los jueces, que formaban parte de la estructura social que revirtió la revolución, no podían alterar esa voluntad popular. Se crearon así, órganos políticos para ejercer el control constitucional. En este sistema, el control constitucional provoca que se derogue la norma o acto que esté en contradicción al texto constitucional.

Posteriormente, fue Kelsen, quien en la Constitución austríaca de 1920, otorgó a la Corte de Justicia el control constitucional, como órgano especializado en esta función. Es un sistema jurisdiccional, pero a diferencia del difuso nacido en EE. UU., el órgano que realiza el control es un Tribunal con competencia específica en la materia. Es un sistema jurisdiccional concentrado.

A su vez, el sistema jurisdiccional, no se ha mantenido inmune y ha tenido cambios y transformaciones. Así, apareció un sistema mixto, que existe cuando un tribunal constitucional y los jueces inferiores invisten competencia para ejercer el control constitucional.

### **III. Sistema de control constitucional federal**

Nuestro país, a nivel nacional, siguió el paradigma estadounidense y adoptó el control constitucional de carácter judicial y difuso, que en principio, solo puede ser ejercido a petición de parte, aun cuando los jueces estén persuadidos de la inconstitucionalidad de la norma o acto. Esta fue la doctrina tradicional de la Corte Suprema de la Nación<sup>1</sup>. No obstante, a partir del año 1984, a través de disidencias del Supremo Tribunal, se fue produciendo su flexibilización y modificación<sup>2</sup>. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, se limitan, en principio, al caso concreto y no invalida la norma<sup>3</sup>.

### **IV. Control Constitucional en la Provincia de San Juan**

Por nuestro sistema federal de gobierno, las provincias conservan los poderes implícita o expresamente no delegados a la Nación y disponen de poder constituyente para organizarse, dentro de ciertos

---

<sup>1</sup> CSJN caso “Ganadera de Los Lagos”, 30/06/1941 (fallos 190:98 o 142, según edición).

<sup>2</sup> A.M.M.-R.R.C. “Control de oficio de la constitucionalidad de las normas” DJ 2004-3, 675.

<sup>3</sup> CSJN caso “Halabi”, 24/02/09.

límites, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 5° de la Constitución Nacional. Este poder debe respetar el sistema republicano, los derechos, declaraciones y garantías contemplados en la Constitución Nacional, asegurar el régimen municipal, la administración de justicia y la educación primaria.

La Constitución Provincial, adoptó un sistema mixto dual o paralelo: jurisdiccional concentrado y jurisdiccional difuso, sin mezclarse. El concentrado, lo ejerce la Corte de Justicia de la Provincia y el difuso, lo ejercen todos los jueces, ya sea a pedido de parte o de oficio.

#### *4.a- Control concentrado*

La Corte de Justicia de la Provincia, ejerce el control constitucional, en competencia originaria y exclusiva, en pleno<sup>4</sup>, a través de una acción directa de inconstitucionalidad.

El art. 208, 2 ) del texto constitucional dispone que el Alto Tribunal tiene jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: “Conoce en las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que se promuevan directamente por vía de acción y en caso concreto, según lo establezca esta Constitución y las leyes”.

Esta acción solo puede ser deducida por el Fiscal de Estado o el Fiscal General de la Corte de Justicia.

El art. 265 de la Constitución Provincial confiere al Fiscal de Estado la facultad “de petitionar ante la Corte de Justicia que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, carta municipal, ordenanza, resolución o acta administrativo”.

El art. 11 inc. 19 de la ley LP-633-E, otorga al Fiscal General de la Corte a: “Petitionar la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos, cartas y ordenanzas municipales, acordadas, resoluciones o actos administrativos por ante la Corte de Justicia de conformidad al Artículo 208, Inciso 2), de la Constitución Provincial e intervenir en las que inicie el Fiscal de Estado de la Provincia”.

---

<sup>4</sup> cfr. art. 14 inc. a ley LP 358-E.

La Corte de Justicia de la Provincia, en reiteradas oportunidades ha ejercido este control declarado la inconstitucionalidad de distintas normas<sup>5</sup>.

Si nos atenemos a la literalidad del texto, la acción prevista es para un “caso concreto”, pero no surge así del debate parlamentario. Existe una contradicción entre el texto y la intención de los propios constituyentes, según surge del Diario de Sesiones ya que reiteradamente los constituyentes expresaron que “se trata realmente de un pronunciamiento que se produce en abstracto, es puramente de jure”<sup>6</sup>. Por eso, la Corte de Justicia de la Provincia ha sostenido en sus pronunciamientos que, en virtud del debate parlamentario, a través de esta acción, se efectúa un control abstracto.

No ha sido uniforme el trámite impreso a esta acción. Al principio, se corrió traslado por quince días al Poder Ejecutivo de la Provincia y al Asesor Letrado de Gobierno. En planteos posteriores, no se sustanció. Solo se ordenó vista al Fiscal General de la Corte. En otras oportunidades, se ordenó correr traslado al Asesor Letrado de Gobierno y “oir” a la Municipalidad que dictó la Ordenanza cuestionada. Otras veces, se imprimió a la causa el trámite sumario y corrió traslado a la Municipalidad emisora de la norma cuestionada. Estimamos acertada la sustanciación de la acción con el representante legal de la posible afectada, aun cuando no haya partes en sentido estricto, para darle la posibilidad de defender la constitucionalidad de la norma<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Protocolo de Recursos Extraordinarios, T III 155/158, Año 88. Protocolo de causas de competencia originaria de la Corte, T I 18/26, Año 1994; Protocolo de causas de competencia originaria de la Corte T I, F° 2/3, Año: 1998; Protocolo de causas de competencia originaria de la Corte: T I, F°2/3 Año 1998. Protocolo de causas de competencia originaria de la Corte: F° 7/10, Año: 2002; Protocolo de causas de competencia originaria de la Corte: F° 2, Año 2003.

<sup>6</sup> Diario de Sesiones pág. 758

<sup>7</sup> Protocolo de Recurso Extraordinario, T III 155/158, Año 88, Protocolo de Causas de Competencia Originaria de la Corte, Año 1994, f° 18/26, Protocolo de causas de Competencia Originaria de la Corte T I, Año 1998,

Este control es excepcional. Al respecto, el Superior Tribunal de la Provincia señaló: “Es del caso destacar que la vía adecuada para proteger cualquier afectación de un derecho individual es la judicial, pero no la instancia extraordinaria de modo directo e inmediato, a la cual solo pueden acceder quienes está taxativamente habilitados por la Constitución. Por ello, deben los presentantes ocurrir a la instancia pertinente si estiman vulnerado cualquier derecho. Ello surge de la armónica interpretación de nuestro régimen jurídico-judicial y se desprende como clara intención de los constituyentes y de la Constitución que sancionaron”.<sup>8</sup>

El control efectuado por la Corte a través de esta acción, tiene efectos “erga omnes”, es decir, para todos los casos, de acuerdo a lo previsto por el art. 11 in fine de la Constitución Provincial.

La norma señala: “...La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente”.

De acuerdo surge de la literalidad de la norma, la invalidación de la norma no es automática, sino que debe ser derogada por el órgano que la dictó. No obstante, la Corte de Justicia, en pleno, interpretó que mientras la norma declarada inconstitucional no sea adecuada al orden constitucional por el Poder del Estado que la Constitución señala, no puede tener virtualidad como ley ni generar en consecuencia derechos u obligaciones<sup>9</sup>.

---

fº 2/3, Protocolo de Causas de Competencia Originaria, Año 2001, fº 8/26; Protocolo de causas de Competencia Originaria, Año 2002, fº 7/10; Protocolo de causas de Competencia Originaria, Año 2003, fº 2, Protocolo de Causas de Competencia Originaria, Año 2006, fº 1/4.

<sup>8</sup> Expte. “A.T.E. Ramella y otros s/participación en autos 2528- Fiscal de Estado Adj.Int. Dr. Pedro Quiroga s/ Demanda de Inconstitucionalidad” P.R.E. 1988-II-fº 156/160.

<sup>9</sup> Autos nº 1.088/94, caratulados “Vega Oscar Eduardo C/ Provincia de San Juan – Contencioso Administrativo - Inconstitucionalidad”, del 20/04/98.

#### *4.b- Control constitucional difuso. Control de oficio*

Este control está expresamente contemplado en el art. 11 de la Constitución Provincial y compete a todos los jueces sin distinción de fueros y de grados.

El art. 11 de la Constitución Provincial establece: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento de las mismas. La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente.”

La Constitución de San Juan, incorporó la obligatoriedad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de toda norma en sentido general, si advierten su incompatibilidad inconciliable con el texto constitucional. Este control tiene la particularidad que puede ser ejercido no solo a petición de parte, como sucede en el orden nacional, sino también de oficio.

De la lectura del debate parlamentario, en la Convención Constituyente, surge que los bloques tanto mayoritario como minoritario coincidieron en que cuando un juez efectúa el control de constitucionalidad de cualquier disposición, ejerce la facultad de declarar el derecho que rige el caso, denominado en doctrina el principio “*iura novit curia*”.

Así el convencional Figueroa – dando razones acerca del despacho de la mayoría- expresó: “...la principal función del Poder Judicial es la aplicación de la Constitución o lo que nosotros conocemos como la declaración de inconstitucionalidad. (...)...está en el deber ínsito de los jueces aplicar las leyes y de aplicar la Constitución, y especialmente aplicarla de acuerdo a la jerarquía que las normas tienen. Los artículos, tanto de la Constitución Nacional como de la Constitución que ahora se proyecta, establecen respectivamente el principio de supremacía de la Constitución. Entonces, por tanto, entendemos que cuando un juez declara la inconstitu-

cionalidad de una norma, simplemente lo que hace es aplicar esa norma y aplicar la Constitución, porque esa norma resulta incongruente o chocante a una norma de mayor jerarquía o rango constitucional (...) Señores, cuando un juez declara la inconstitucionalidad y no está variando la sustancia o la materia fáctica o la sustancia jurídica del litigio, está aplicando el principio de que el juez es el que declara entonces la ley y el derecho; y para eso, para aplicar la ley tiene toda la libertad científica y de conciencia libre y libre convicción de hacerlo”<sup>10</sup>.

En sentido concordante se expidió por la primera minoría, el Dr. Pablo Ramella, que dijo: “...la doctrina moderna en su gran mayoría acepta plenamente que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto o acto del poder administrador de oficio (...) si el juez debe aplicar la Constitución, es obvio que si considera que la norma que se quiere aplicar es inconstitucional debe declararla inconstitucional”<sup>11</sup>.

Este control, siempre debe hacerse en una “causa judicial” ya que este es el presupuesto que abre el control jurisdiccional. Mucho se ha escrito sobre el concepto de causa. Como enseña Bidart Campos, “Basta que con referencia a una situación de hecho o de derecho, real y concreta, un sujeto interesado platee el asunto ante el juez, de origen a un proceso y provoque con él una decisión judicial en forma de sentencia, para que haya causa, en la que pueda incluirse la 'la cuestión constitucional'”<sup>12</sup>.

La admisión del control de oficio, está discutida en la doctrina y jurisprudencia. En general, son tres los argumentos que se esgrimen para rechazarlo: a) que el control de oficio altera el equilibrio de los poderes, en beneficio del Poder Judicial, b) que atenta contra el principio de legitimidad de los actos y normas estatales, c) que vulnera el derecho de defensa en juicio, no siendo de aplicación el principio “iura novit curia” y d) contraviene el principio de congruencia.

---

<sup>10</sup> Diario de Sesiones pág. 269.

<sup>11</sup> Diario de Sesiones pág. 270.

<sup>12</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada” Ed. Ediar, Bs.As, 1998, T I, pág. 365.

No compartimos estos fundamentos y creemos que son fácilmente rebatibles. No existe desequilibrio de poderes si el control constitucional se formula dentro de una causa, porque allí los jueces actúan dentro de la órbita de su función específica. Si los jueces deben aplicar el derecho válido y compatible con la Constitución, no parece razonable que la mera ausencia del pedido de parte pueda impedirlo bajo el pretexto de estar quebrantando la división y el equilibrio de los poderes.

La presunción de legitimidad de los actos estatales, es una presunción “*juris tantum*” y no “*jure et de jure*”, por lo que admite prueba en contrario. Por ello, si el propio juez comprueba la ilegitimidad del acto, debe así declararlo para no dar validez a un acto jurídicamente nulo.

El principio “*iura novit curia*” otorga al juez la facultad de determinar libremente la norma de derecho que corresponde aplicar a los hechos expuestos por las partes. Permite calificar autónomamente la realidad fáctica y subsumirla en las normas jurídicas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos enunciados por las partes. Su ejercicio no comporta agravio constitucional, según lo señalado por el Supremo Tribunal de la Nación<sup>13</sup>. La declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de puro derecho y como tal, sujeta a este principio. La garantía de defensa en juicio supone un debido proceso judicial en el cual cada una de las partes aporta las pruebas que hace a su derecho. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de oficio de ninguna manera afecta tal derecho, porque este no se ve afectado cuando el juez, en virtud del principio “*iura novit curia*” aplica para la solución del caso, la norma jurídica que estima correcta, aún no invocada por las partes.

Consideramos conveniente, que este control se efectúe con suma prudencia, en virtud de la gravedad institucional que importa la declaración de inconstitucionalidad de una norma. La norma constitucional exige que antes que el juez así la declare ordene un traslado previo a las partes para que se expidan sobre la constitucionalidad de las normas aplicables al caso. En la práctica se mate-

---

<sup>13</sup> CSJN Fallos: 312-195.

rializa, normalmente, a través de una medida para mejor resolver, antes de dictar sentencia.

No obstante, la Corte de Justicia de la Provincia ha dicho al respecto que “en el sub lite no se verifica la violación al derecho de defensa que esta alega y que derivaría del hecho que los jueces de grado declararon la inconstitucionalidad del art. 102 del Código Tributario Provincial sin haber previamente corrido traslado a las partes ni otorgado intervención al Ministerio Fiscal en segunda instancia. Ello es así pues, si como dejó sentado la Corte Suprema, los jueces –por virtud del art. 31 de la Constitución Nacional– tienen el deber de aplicar la norma de mayor rango y desechar la de rango inferior, como así también dijo que el aforismo *iura novit curia* rige incluso en materia de control de constitucionalidad, no cabe sino concluir que no hay lesión al derecho de defensa de la demandada pues en el caso prevalece el deber de control de constitucionalidad de oficio que surge de la Constitución Nacional –conforme ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precitado fallo– por sobre el condicionante del ‘previo conocimiento’ a las partes que prescribe el art. 11 de la Constitución Provincial”<sup>14</sup>.

En el control difuso ya sea a pedido de parte o de oficio, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efecto para el caso concreto. Tiene efectos amplios, cuando es efectuado por la Corte en pleno, por vía de apelación, en el supuesto previsto por el art. 209 Constitución Provincial, que confiere carácter vinculante a los fallos plenarios dictados por dicho tribunal, debiendo ser obligatoriamente acatados por los órganos judiciales inferiores.

En relación a nuestro sistema de control constitucional la Corte de Justicia afirmó que: “...en nuestra legislación provincial las vías o modos de plantear la inconstitucionalidad se encuentran ampliados en relación a la Nación o a las demás Provincias, toda vez que nuestra Constitución, al tratar en su artículo 11° el tema de la ‘declaración de inconstitucionalidad’, establece la posibilidad de que

---

<sup>14</sup> Autos n° 4937/09 “Provincia de San Juan c/ Zentirán S.A. Agric. y Com. – Ejecutivo- Inconstitucionalidad y Casación” del 7/06/2011. PRE. S.1°.- 2011-I-175.

los jueces realicen dicho pronunciamiento aún de oficio, esto es, sin la petición de parte como se da en la legislación nacional. Es más, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad también es innovador cuando es la Corte de Justicia quien tacha de inconstitucional una norma. En este caso, cuando la Corte actúa con competencia originaria (sistema jurisdiccional concentrado) por haberse solicitado la inconstitucionalidad por vía directa, la declaración no será ‘interpartes’, su efecto no será ya limitado o restringido, como sucede con la declaración de cualquier juez (sistema jurisdiccional difuso), sino que su efecto será ‘erga omnes’ o extrapartes, lo que se lleva a cabo con la comunicación formal y fehaciente de la Corte a los poderes públicos correspondientes, para su posterior modificación y adaptación al orden jurídico vigente.”<sup>15</sup>

## V. Conclusiones

a- Nuestra Constitución Provincial adopta un sistema mixto de control constitucional: Uno concentrado, ejercido en forma exclusiva y originaria por la Corte de Justicia de la Provincia y otro difuso, que ejercen todos los jueces, de acuerdo a las normas que rigen la competencia, a pedido de parte o de oficio. Este sistema también ha sido receptado por otras constituciones provinciales<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Autos n° 1.106/94, caratulados “Menzo Carlos c/ Juan Carlos García – Cobro de Alquileres- Inconstitucionalidad y Casación” PRE, Sala 1° 1998-I, 190/194.

<sup>16</sup> Por ej la de Buenos Aires, (art. 161, inciso 1), Córdoba (art. 165, inc. 1.a); Entre Ríos (art. 205, inciso c); Jujuy (artículo 164, inc. 1); La Pampa (art. 97, inciso 1); La Rioja (art. 139, inciso 1); Mendoza (art. 144, inc. 3); Misiones (art. 145, inc. 1); Neuquén (art. 241, inc. a); Río Negro (art. 207, inc. 1); Salta (art. 153, inciso II.a); San Luis (art. 213, inciso 1); Santa Cruz (art. 132, inciso 3); ciudad autónoma de Buenos Aires (art. 113, inc. 2), entre otras.

b- Estimamos acertada la sustanciación de la acción de inconstitucionalidad que tramita ante la Corte con el representante legal de la posible afectada en la declaración de inconstitucionalidad, (provincia o municipio), a los fines de darle la posibilidad de defender la constitucionalidad de la norma, aun cuando no haya partes en sentido estricto.

c- Propiciamos, regular legislativamente, el trámite de la acción de inconstitucionalidad que tramita ante la Corte, fijando un plazo de caducidad breve contado a partir de la publicación de la ley, en aras de la seguridad jurídica. Asimismo, debería contemplar la forma y tiempo de adaptación de la norma declarada inconstitucional al orden jurídico vigente.

d- Ha sido un acierto, la incorporación del control constitucional difuso de oficio, ya que tiene su fundamento en el deber de los jueces de aplicar el derecho que corresponda y en la necesidad de asegurar el imperio de la Constitución con independencia de la voluntad de las partes. Se trata de una facultad-deber inherente a la función judicial. En estos casos, la declaración de inconstitucionalidad, no importa una sentencia “extra petita” ya que el juez se atiene a las acciones deducidas y a los hechos invocados, condicionado a que el derecho aplicable sea congruente con la Constitución. Si los jueces no aplican el derecho válido, se convertirían en meros aplicadores de un sistema jurídico parcializado por el interés de las partes, quienes podrían poner límites a la función judicial. Su incorporación constituyó una innovación en relación al sistema nacional.

e- Por último, corresponde resaltar la importancia de la función judicial en el control constitucional, para robustecer y consolidar un Estado de Derecho. Para ello, los jueces deben ejercerlo con prudencia, responsabilidad, imparcialidad e independencia.



**Algunas consideraciones sobre el nombre y el apellido  
de los hijos en el nuevo Código Civil y Comercial**

AB. NADIA ANAHÍ TORDI (MENDOZA)



## I. Palabras previas

Sabido es que el Código Civil y Comercial (en adelante CCiv. y Com.) se realizó sobre la base de los tratados de Derechos Humanos y de los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Se redactó, sobre la base de una mirada transversal de la Constitución, el derecho público, el derecho privado y las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Consecuencia de ello es que todos los campos que regulan lo relativo a la persona han sido pensados desde por la mirada constitucional/convencional: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos<sup>1</sup>.

Sobre esta base se derogó la ley n° 18.248 conocida como la Ley del Nombre de las Personas Naturales, regulando dentro del CCiv. y Com. lo relativo al nombre, su elección, cambio como también sobre la determinación del apellido. En este trabajo analizaré algunas de las modificaciones y como ellas han incidido en el sistema registral.

## II. El nombre y las restricciones en su elección

El nombre es el atributo de la personalidad por excelencia<sup>2</sup>, se lo ha definido como la designación exclusiva que corresponde a cada individuo, y que cumple esencialmente con la función de identificarlo

---

<sup>1</sup> HIGHTON, Elena I. Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en: LA LEY 03/08/2015, 5 Cita Online: AR/DOC/2598/2015.

<sup>2</sup> PLINER, Adolfo, El nombre de las personas, 2 ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 86; CIFUENTES, Santos, Derechos Personalísimos, 2 ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p.221; RIVERA, Julio César, Instituciones del Derecho Civil. Parte General, Tomo I, 5ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t I, p.620.

en relación con los demás<sup>3</sup>. El nombre consta de dos elementos constitutivos: a) el nombre propiamente dicho, esto es el nombre de pila, también conocido como prenombre y b) el apellido, que es el nombre de la familia o patronímico, este es más un factor social<sup>4</sup>. La conjunción de ambos elementos es lo que permite a las personas ser individualizadas e identificadas, no solo en el ámbito de la familia sino también en toda la sociedad.

El nombre es una institución dual, que se compone del binomio derecho/deber, así lo establece el art. 62 del CCiv. y Com : “La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden”. El nombre es un derecho personalísimo, y como tal es extra patrimonial, inalienable y oponible erga omnes, corresponde a toda persona, por su sola condición de tal, y no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad. Como también es un deber que recae sobre de los padres, guardadores y Estado garantizar que la persona acceda a su nombre y con ello a su documentación<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> MUÑIZ, Carlos. El nombre como proyección jurídica de la identidad y los "justos motivos" para su cambio. RCCyC 2015 (septiembre), 74 Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H ~ 2015-03-10 ~ L. C., F. G. s/ información sumaria. Cita Online: AR/DOC/2628/2015.

<sup>4</sup> RIVERA, Julio César, Instituciones del Derecho Civil. Parte General, 5ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t I, p. 619.

<sup>5</sup> El derecho a la identificación tiene una gran trascendencia en las leyes de protección locales, a modo de ejemplo la ley de protección integral de Chubut – ley 4347- establece en el inc. u del art. 54 que las entidades del Estado y las organizaciones civiles que desarrollen programas o servicios de atención deberán en especial tramitar los documentos de identificación de aquellos que no los posean. Iguales términos utiliza la ley 3820 de Misiones, como así la ley 7338 de San Juan, la ley 2302 de Neuquén, ley 421 de Tierra del Fuego, ley 114 de Ciudad Buenos Aires, etc. (conf. GIL DOMINGUEZ Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, Derecho Constitucional de Familia, 1 ed, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 259) .

El art. 63 del CCiv. y Com., regula conjuntamente dos cuestiones que hacen a la elección del prenombre del hijo: (i) a quién corresponde la elección conforme un orden de prelación (legitimados activos) y (ii) los límites cualitativos y cuantitativos (cantidad de nombres y cualidades).

La norma en análisis regula: “La elección del nombre corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; b. no pueden inscribirse más de tres prenombrados, apellidos como prenombrados, primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombrados extravagantes, c. pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas (art.63).

### *1. Sujetos legitimados para la elección*

En relación a los sujetos legitimados y su orden de prelación, la ley mantiene lo previsto en la anterior legislación<sup>6</sup>, sin variantes. En primer lugar, corresponde a ambos padres, en caso de ausencia o impedimento de alguno de ellos, corresponde al otro; en el supuesto de impedimento de ambos progenitores, elegirá el nombre del hijo la persona que ellos autoricen y subsidiariamente elegirán el nombre los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Por lo que, en primer lugar son los padres los sujetos legitimados a elegir el nombre que ha de llevar su hijo; en caso de hallarse impedidos de realizar en forma personal la inscripción y con ello la elección del prenombre, pueden otorgar una autorización para que determinada persona elija e inscriba a su hijo.

---

<sup>6</sup>Art. 2 de la Ley 18248.

La elección del nombre del hijo es una facultad conjunta de ambos padres, sin perjuicio de que cualquiera de ellos puede realizar la inscripción ante el Registro Civil y de Capacidad de las Personas por presumirse que cuenta con el consentimiento del otro (art. 641 CCiv. y Com.); en caso de desacuerdo la cuestión puede ser decidida judicialmente (art. 642 CCiv. y Com). Esta solución, que era también la derogada ley 23.264, había sido criticada por entenderse que se traslada al Poder Judicial un problema que les es extraño y que tardará en resolverse lo que dure un trámite judicial<sup>7</sup>, con fundamento en la posible privación al niño de su derecho al nombre y a la documentación porque sus padres no logran acordar que nombre le pondrán. La crítica, aunque teóricamente posible, no tuvo respaldo práctico desde que no se conocen (o al menos no se han publicado) casos en los que esta cuestión se plantee judicialmente.

En segundo lugar, la ley atribuye la facultad de elección a una persona autorizada por los padres. Podría suceder que uno de los padres se encuentre de viaje o ausente al momento de la inscripción y el otro por algún impedimento físico no pueda presentarse al Registro a realizar los trámites, por lo que cualquiera de ellos o ambos conjuntamente pueden otorgar una autorización para que una persona de su confianza elija el prenombre del hijo y realice los trámites pertinentes a su inscripción.

La ley, con acierto, no establece cómo debe hacerse esa autorización. Entiendo que la forma será determinada por cada Provincia, de acuerdo con las normas internas del Registro Civil y de Capacidad de las Personas, ya que es una facultad local organizar el sistema registral conforme las pautas establecidas en las leyes nacionales<sup>8</sup>.

Sin perjuicio de ello, los interesados deberán respetar lo regulado por el art. 16 de la ley 26.413 (Ley sobre el Registro Civil y Capacidad de las Personas) que establece como requisito para registrar inscripciones en representación de otra persona, acreditar la per-

---

<sup>7</sup> TOBÍAS, José W., Código Civil y Comercial Tratado Exegético, Dir. AL-TERINI Jorge Horacio, 1ed., La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. p. 661.

<sup>8</sup> Art. 126 de la Constitución Nacional y Art. 2 de la Ley 26.413.

sonería mediante documento idóneo, que será rubricado por el oficial público y firmado por el representante; por lo tanto la autorización puede ser realizada en instrumento público o privado (art 284 CCiv. y Com.).

En el tercer caso- supuesto que los padres no hayan elegido nombre ni autorizado a alguien a tal efecto- la norma establece que la elección corresponderá a los guardadores, al Ministerio Público o al oficial del Registro Civil y de Capacidad de las Personas.

Entiendo que el orden de enumeración de la norma es excluyente, por lo que si el niño ha sido dado en guarda serán los guardadores quienes tendrán el derecho/deber de elegir el prenombre en caso de no contar con ellos, será el Ministerio Público y en su defecto y último lugar el oficial del Registro.

## *2. Restricciones cualitativas y cuantitativas*

Como anticipé, en el inc. b y c del art. 63 del CCiv. y Com. se establecen limitaciones cualitativas y cuantitativas, que deben ser interpretadas por el oficial del Registro con carácter restrictivo con el objeto de no afectar el derecho de elección del prenombre que asiste a los padres y con ello el respeto por la autonomía personal, principio rector del nuevo código<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En nuestro país, hasta el año 1943, la determinación del nombre de las personas se apoyó en criterios sustentados en la tradición o costumbres, ya sea acudiendo al santoral o abrevando en los impuestos a personajes históricos. Como antecedente legislativo, se puede mencionar a la ley originaria del Registro Civil de la Provincia de Mendoza, cuyo art.29 inc .5 restringía la selección a los nombres que se hallan en el calendario o los de personas históricas conocidas, no pudiendo ponerse femenino a un varón ni viceversa. El nombre debía figurar en idioma castellano. El criterio resumido encontró continuidad mediante el dictado del dechr. Ley nacional 11609/1943 ratificado por ley 13.030. (ver ARÉVALO, Enrique, Código Civil y Comercial, CLUSELLAS Eduardo Gabriel (Coordinador) Astrea y FEN Buenos Aires/Bogotá, 2015, p.263).

a) Se mantiene la prohibición de no inscribir más de tres prenombrados; se trata de un límite racional ya que la extensión del nombre tendrá importancia práctica al momento de que la persona quiera celebrar actos jurídicos y/o públicos, sin perjuicio de cómo lo nombren en su círculo social.

b) En el mismo sentido, se conserva la prohibición de no usar apellidos como prenombrados; esta prohibición tiene por finalidad evitar confusiones entre ambos elementos que componen la designación, individualización e identificación de las personas<sup>10</sup>. Sin embargo, algunos han sido autorizados por cuanto pueden ser al mismo tiempo nombre de pila, tal por ejemplo Hidalgo y Agostino<sup>11</sup>.

c) Otra limitación que se mantiene es la de no poder imponer los primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos (prohibición que alcanza a ambos prenombrados no así al primero por ejemplo María Laura y María Victoria), la norma establece la limitación a hermanos vivos, por lo que parecería que se autoriza a utilizar el mismo prenombre en el supuesto de que uno de los hermanos no esté vivo.

d) No se permite la inscripción de prenombrados extravagantes, lo que incluye también nombres ridículos<sup>12</sup>. Pliner sostiene que la pro-

---

<sup>10</sup> PAGANO Luz María, en HERRERA Marisa, CARMELO Gustavo y PICASSO Sebastián (Directores ) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 134.

<sup>11</sup> RIVERA, Julio César, Instituciones del Derecho Civil. Parte General, 5 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, t I, p. 627.

<sup>12</sup> Conforme el Diccionario de la Real Academia (DRAE), extravagante significa: 1. adj. Que se hace o dice fuera del orden o común modo de obrar. 2. adj. Raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original. 3. adj. Que habla, viste o actúa de forma excesivamente peculiar u original. <http://dle.rae.es/?id=HPbW8w9> (4/12/15). Hay autores que sostienen que extravagante no debe confundirse con ridículo, lo ridículo suscita para su protagonista un bochorno que ocasiona un inevitable

hibición de imponer prenombrés extravagantes o ridículos es una tutela a su indefenso destinatario, y no una restricción meramente limitativa de un derecho; explica que no hay derecho a infringir al recién nacido un agravio tal que lo avergüence cuando tenga noción del daño que le han hecho sus padres<sup>13</sup>; sin embargo, la noción de extravagante es versátil y se modifica de acuerdo a la época y contexto social<sup>14</sup>. La ley sí autoriza la utilización de nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas<sup>15</sup>.

e) También se eliminó el límite de que el prenombre exprese o signifique tendencias políticas o ideológicas<sup>16</sup>, o que suscite equívocos

---

menoscabo en su reputación, lo extravagante refiere a lo raro o extraño. (ver ARÉVALO, Enrique, Código Civil y Comercial, CLUSELLAS Eduardo Gabriel (Coordinador) Astrea y FEN Buenos Aires/Bogotá, 2015, p.266.)

<sup>13</sup> PLINER, Adolfo, El derecho de los padres a inventar nombres para sus hijos, LA LEY 1990-E, Cita Online: AR/DOC/15936/2001.

<sup>14</sup> Apenas entró en vigencia el nuevo código se aceptó la inscripción del nombre “Venus Frutilla” a una niña oriunda de la provincia de San Juan, nombre que puede ser considerado ridículo conforme a las connotaciones sexuales que implica en la sociedad actual.

(ver<http://www.losandes.com.ar/article/como-el-nuevo-codigo-civil-se-los-permite-la-bautizaron-venus-frutilla>).

<sup>15</sup> La utilización de nombres de origen indoamericano, se introdujo con la sanción de la ley 23.252 que autorizó expresamente que podían inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas. Se autorizaron la utilización de nombres como Lihuen, Ixiel, Usel Hinchel, Kanki, Qori Qwamancha etc. (Ver RIVERA, Julio César, Instituciones del Derecho Civil. Parte General, 5 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, tI, p. 628)

<sup>16</sup> Según Tobías esta limitación encontraba su justificación en que las convicciones personales de los padres en esas materias no podían constituir una “marca” que obstaculice la libre formación espiritual o que genere el riesgo de presentarse ante terceros con un nombre que contraiga las propias ideas o que por sus características genere una repulsa de un sector

respecto del sexo de la persona a quien se impone; esta última eliminación responde a una tendencia inclusiva, respetuosa de la igualdad y de la dignidad de las personas, se encuentra en consonancia con lo previsto en el Ley de Identidad de Género (26.743) y acuerdan con la visión de un estado democrático, pluralista y respetuoso de cualquier identidad sexual.

f) Se prescindió de la limitación relativa a los nombres extranjeros, que solo se permitían el término era castellanizado por el uso o cuando se trate de los nombres de los padres del inscripto o que fuera hijo de funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares o de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en la Argentina.

En el supuesto de que los progenitores hayan elegido un prenombre que se encuentre dentro de las limitaciones que impone la ley, el oficial del Registro Civil negará su inscripción, les dará una constancia de la presentación y formulará de inmediato la pertinente consulta a la Dirección General para su resolución definitiva, la que podrá ser impugnada por la vía judicial (art. 19, ley 26413), a través del proceso más breve que este previsto en la ley local.

En definitiva, la autonomía de la voluntad de los progenitores prima en la elección del prenombre de su hijo, con limitaciones de

---

importante del medio social. (TOBIAS, José W., Código Civil y Comercial Tratado Exegético, Dir. ALTERINI Jorge Horacio, 1 ed., LaLey, Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2015. p.66.). Si bien esta limitación ha sido suprimida en la nueva ley, recientemente la jurisprudencia ha autorizado un cambio de apellido valorando como justos motivos que el actor desde niño fue objeto de reclamos por parte de sus compañeros, tildándolo de "nazi" y en la escuela secundaria incluso debió efectuar exposiciones en la policía por las agresiones que sufría por parte de sus compañeros, siempre por el tema de su apellido y la vinculación con el nazismo. (Juzg. Fam. N° 9 - Bariloche - Río Negro 1/11/2015 P. O., T. E. R. s/solicitud de modificación de nombre).

orden cuantitativo (no más de tres) y de orden cualitativo (no se permiten los extravagantes ni apellidos como prenombrados). Como se ha dicho, la regulación actual es más amplia y acorde principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad<sup>17</sup>.

### III. Consideraciones en torno a la determinación del apellido

El apellido, ha sido definido como la designación común a todos los miembros de una misma familia, que identifica al grupo familiar<sup>18</sup>.

Cada individuo lleva el apellido que le corresponde en razón de su integración en el grupo que se distingue por ese apelativo. El apellido designa a la vez al grupo y a cada uno de sus integrantes, aunque por sí solo individualiza únicamente al primero, y tiene el carácter de un nombre colectivo; cada individuo se diferencia de los demás por el prenombre, de modo que unidos los dos elementos constituyen el complejo onomástico que suministra la información determinativa de un grupo y un individuo dentro de él<sup>19</sup>.

La legislación derogada, -ley 18.248- se centraba en dos ejes principales: (i) se privilegiaba e imponía el apellido paterno sobre el materno tanto a los hijos matrimoniales como a los extramatrimoniales y (ii) solo se autorizaba la adición del apellido materno cuando el hijo adquiría la mayoría de edad<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Ver MAZZONI, Julieta B. y RIPA Marianela, El derecho al nombre y las vías para su reclamo judicial. RDF 2015-III- Junio 2015, p.15 y ss.

<sup>18</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General. 4ed. Ed Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 303.

<sup>19</sup> PEREIRA, María Victoria, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, en RIVERA Julio y MEDINA Graciela (Dir.) La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, t I, p. 251.

<sup>20</sup> Una crítica que se le hacía al sistema era que los integrantes de un matrimonio igualitario podían elegir el orden de los apellidos de sus hijos, en tanto los miembros de un matrimonio de distinto sexo, sufrían la limi-

La nueva regulación prevista en el art. 64 del CCiv. y Com, establece: “El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos. El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño”.

A diferencia del sistema anterior, la norma establece el respeto por la autonomía de la voluntad de los progenitores ya que los hijos llevarán el apellido que acuerden, aplicando la misma regla para hijos nacidos de uniones de personas del mismo o de distinto sexo. En caso de desacuerdo y simultaneidad en el establecimiento del doble vínculo, será el azar el que determine cual apellido se le impondrá al hijo.

---

tación de la regla de prevalencia del apellido paterna. Así el Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 18248, destacando la notable discriminación a la mujer que contrae matrimonio heterosexual y no modifica el apellido de la descendencia de las uniones extramatrimoniales poniendo de manifiesto la falta de adaptación a los textos supra legales obligatorios (Tribunal Colegiado de Familia n°5 Rosario 27/3/13, ED 253-68). En cambio en sentido inverso, la Sala I de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones rechazó un pedido de declaración de inconstitucionalidad, sobre la base de que la opción que se brinda a las parejas homosexuales de elegir el orden de los apellidos para la inscripción del nacimiento no resultaba un trato discriminatorio para las parejas heterosexuales pues, al tratarse de dos situaciones diversas, no podían más que tener un trato diferenciado (CNCiv., Sala I, 24/4/2014, ED, 258-469)

Asimismo se establece que el uso del doble apellido puede ser por acuerdo de los progenitores, o por pedido del hijo con edad y grado de madurez suficiente, se elimina la limitación temporal de los dieciocho años para solicitar la adición del apellido materno.

Se mantiene como principio general el uso de un solo apellido. En el caso de que el primer apellido de alguno de los padres fuere compuesto (conformado por elementos inseparables), el descendiente será anotado en esa forma. En cambio, si el ascendiente porta doble apellido resultante de la agregación del apellido paterno o materno el hijo será únicamente registrado con su primer apellido<sup>21</sup>. Debemos hacer una distinción terminológica, el apellido compuesto se transmite de generación en generación de forma idéntica por ejemplo: De La Santa, en cambio el doble apellido es aquel que se compone del apellido paterno y materno o viceversa, por ejemplo la madre se llama Silvia López y el padre Juan Pérez, el niño puede tener el apellido López Pérez o Pérez López.

En protección a la identidad del grupo familiar, se unifica en todos los hijos matrimoniales el apellido y la integración compuesta decidida para el primero.

En el caso de los hijos extramatrimoniales, si tiene un solo vínculo filial se dispone que llevará el apellido de ese progenitor. Y si la segunda filiación se establece con posterioridad, nuevamente se respeta el principio de la autonomía personal, por lo que los progenitores pueden acordar el orden de los apellidos. En caso de no llegar a un acuerdo, la norma establece una solución diversa; no prevé el sorteo, sino que el diferendo debe ser resuelto por el juez, quien tendrá en cuenta el interés superior del niño, su derecho del niño a ser oído y a participar del proceso conforme los parámetros establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la ley 26.061. La diferencia de régimen es razonable: cuando el doble vínculo se ha establecido simultáneamente, el juez no tiene elementos para dirimir el conflicto y, por eso, no debe judicializarse; cuando esa simultaneidad no existe, pueden existir ele-

---

<sup>21</sup> ARÉVALO, Enrique, Código Civil y Comercial, CLUSELLAS Eduardo Gabriel (Coordinador) Astrea y FEN Buenos Aires/Bogotá, 2015, p.266.

mentos fácticos (por ej., trato social en la escuela, o en otros ambientes) que convengan al juez de cuál es la solución que mejor protege el interés superior.

#### **IV. La actividad registral y la nueva normativa**

La nueva regulación obliga inexorablemente al Registro Civil y de Capacidad de las Personas a modificar y adecuar sus prácticas cotidianas.

En la Provincia de Mendoza se elaboró en forma conjunta por la Dirección de Derechos Humanos de la Corte de la Provincia de Mendoza y la Asesoría Letrada del Registro Civil y de Capacidad de las Personas, el Manual de Procedimientos para los Oficiales Públicos<sup>22</sup> el que analizaré en este apartado centrándome en su vinculación con la normativa sobre elección del nombre y apellido.

##### *1. Sistema de inscripción del nacimiento de oficio.*

Desde antes de entrada en vigencia del nuevo CCiv. y Com. se había organizado un sistema de inscripción de oficio de los niños recién nacidos<sup>23</sup>, práctica que sigue en marcha.

---

<sup>22</sup> Otras provincias como Chubut, también han elaborado su Manual de Procedimientos para Oficiales Públicos ver : <http://www.juschubut.gov.ar/images/centro-juris/iurisletter/pdf/manual-chubut.pdf> 11/02/2016.

<sup>23</sup> El fundamento de la inscripción de oficio, lo encontramos en varios artículos de la ley 26.061; así el art. 11 dispuso que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, etc”; en tanto el art. 12 instituyó como obligación del Estado de garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su naci-

Cuando los niños y/o niñas nacen en algún establecimiento médico asistencial, ya no se entrega como antes a los padres el certificado de nacimiento sino que el médico lo confecciona preguntándole a la madre sus datos personales y qué nombre ha elegido<sup>24</sup> para su hijo recién nacido, y este certificado se envía a la Oficina del Registro Civil y de Capacidad de las Personas correspondiente a la jurisdicción del domicilio del nosocomio (arts. 28 y 30 ley 26.413<sup>25</sup>).

---

miento, estableciendo el vínculo filial con la madre, y en el art. 13 se reguló concretamente el derecho de acceso a la documentación de los niños, niñas y adolescentes que comprueben su identidad.

<sup>24</sup> No corresponde al médico realizar ninguna valoración sobre si el nombre elegido por la madre cumple con los requisitos establecidos en el art. 63 del C.Civ. y Com. una vez que el certificado llegue al Registro, será el oficial del Registro el que deba valorar si se cumplen con los requisitos cuantitativos y cualitativos relativos a la elección del prenombre.

<sup>25</sup> Así el art. 28 establece: “La inscripción de los nacimientos con intervención de los progenitores deberá efectuarse dentro del plazo máximo de CUARENTA (40) días corridos contados desde el día del nacimiento. Vencido dicho plazo se inscribirá de oficio dentro del plazo máximo de VEINTE (20) días corridos. En el supuesto de nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médico-asistenciales sin intervención de profesional médico, la dirección general podrá por disposición o resolución motivada, admitir la inscripción cuando existan causas justificadas fehacientemente, hasta el plazo máximo de UN (1) año, previa intervención del Ministerio Público”. Y el art. 30: “Están obligados a notificar el hecho del nacimiento en forma inmediata, remitiendo al registro civil del lugar el certificado médico de nacimiento, con las características previstas en los artículos 33 y 34: a) Los directores, administradores, o persona designada por autoridad competente del establecimiento asistencial, hospicios, cárceles u otros establecimientos análogos de gestión pública o privada, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos; b) La autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo, a los que se refiere el artículo 27 inciso c), mediante copia certificada de libro de abordaje que deberá presentar al registro civil del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo, dentro de los CINCO (5) días hábiles”. ( ley 26.413)

Es obligación de los progenitores, presentarse dentro del plazo de 40 días, a formalizar la inscripción y cumplir con los diferentes pasos a seguir, elección de prenombre y del orden de los apellidos (9 arts. 62, 63 y 64 del CCiv. y Com. y 31 de ley 26.413<sup>26</sup>)

Puede suceder que no concurren dentro del plazo fijado, para concluir el trámite de inscripción de su hijo, por lo que, una vez transcurridos los 40 días, el Registro procede a labrar el acta de nacimiento de oficio dentro del plazo máximo de 20 días corridos siguientes y al recién nacido se le asigna el prenombre que la madre manifestó en el momento de la confección del certificado de nacimiento y se realiza la inscripción solo con la filiación materna en la partida de nacimiento ( conf. art. 28 ley 26.413).

## *2.- Inscripción de nacimiento realizada por los padres dentro del plazo de 40 días.*

Cuando los padres se presentan dentro del plazo estipulado por ley a realizar el trámite de inscripción de nacimiento de su hijo, se pueden distinguir diferentes situaciones:

(i) Ambos padres se presentan de manera conjunta ante la Oficina del Registro a realizar el trámite de inscripción de nacimiento de su hijo, dentro del plazo estipulado por la ley- 40 días-, aquí no se genera ningún inconveniente, ya que todavía no se ha labrado la respectiva partida de nacimiento, por lo que el oficial del Registro procede a inscribir al niño/niña con el nombre que figura en el certificado de nacimiento enviado por el establecimiento médico, o con el que hayan elegido en ese momento que puede no coincidir con que consta en el certificado.

---

<sup>26</sup> El art. 31 establece: “Están obligados a solicitar la inscripción de nacimiento: a) El padre y/o la madre; b) A falta de ellos, los parientes directos de la madre o cónyuge en primer grado ascendente o colateral; c) El Ministerio Público de Menores en el caso de recién nacidos que hubieran sido expuestos”. (ley 26.413)

El oficial del Registro les pregunta a los padres qué apellido le impondrán a su hijo, -primer apellido de alguno de los progenitores- o si le quieren colocar el de ambos, en tal caso cuál será el orden. Si han arribado a un acuerdo, se procederá a realizar el acta conforme la manifestación de los progenitores y el apellido será inscripto de acuerdo al orden que hayan convenido o si solo desean mantener un solo apellido conforme la manifestación que realicen. La determinación del apellido o su orden quedará debidamente acreditada en el acta de nacimiento que será firmada por ambos padres.

(ii) Se presenta uno solo de los padres dentro del plazo de 40 días, casado, el oficial público debe corroborar la existencia del matrimonio con la respectiva partida y requerir que presenten un escrito simple con la firma del otro progenitor en el que conste el contenido del acuerdo y el orden de los apellidos (art. 16 ley 26.413). El oficial archivará dicho escrito y lo individualizará con el número de acta y libro de registro de la partida de nacimiento. Por lo que la partida se labrará con la filiación de ambos progenitores y el apellido simple o doble manifestado en el acuerdo.

(iii) Si concurren ambos padres casados a realizar la inscripción del hijo y manifiestan su desacuerdo en el orden del apellido, se debe proceder al sorteo. En la provincia de Mendoza, el oficial del Registro actúa conforme al Manual de Procedimientos para los Oficiales Públicos, que establece que cada oficina competente para inscribir nacimientos contará con actas donde dejará constancia de los sorteos de los apellidos de los hijos/ hijas que se realicen en el establecimiento. El oficial encargado de la oficina del Registro Civil contará con un bolillero con dos bolillas con los números 1 y 2. Se asignará el número 1 y 2 conforme el orden alfabético de los apellidos de la pareja. Se procederá a extraer la primera bolilla que corresponderá al primer apellido del niño/a y se consignará como segundo apellido el de la segunda bolilla, en caso de solicitarlo. Se labrará acta firmada por ambos progenitores o el que se encuentre presente en ese momento y el oficial del Registro.

*3.- Inscripción de nacimiento transcurridos los 40 días desde el nacimiento y con partida de nacimiento labrada de oficio por el registro.*

También puede ocurrir que los padres se presenten de manera tardía ante la Oficina del Registro Civil, cuando el acta de nacimiento ya ha sido elaborada de oficio por lo que debemos distinguir las siguientes situaciones:

(i) Si concurren conjuntamente ambos padres, casados, el trámite de incorporación de la otra filiación será cursado como expediente administrativo y únicamente se procederá a establecer cómo será el orden del apellido o si irá a sorteo. Debe el oficial del Registro inmovilizar la anterior partida y b sorteado (en relación al sorteo se procederá de la misma manera que en el supuesto de desacuerdo anterior)

(ii) Si comparecen ambos padres, no casados, en forma simultánea, se tramita como un reconocimiento la incorporación en la partida de la otra filiación, por lo que el oficial del Registro Civil debe proceder a la confección del acta de reconocimiento y colocar el apellido en el orden que han elegido y en caso de no haber arribado a acuerdo sobre el orden de los apellidos se debe inscribir la segunda filiación manteniendo el apellido materno y pudiendo adicionarse en segundo lugar el apellido paterno si así lo solicitaran.

(iii) Si se presenta uno solo de los padres, casados, a fin de que conste en la partida del hijo la filiación matrimonial. El oficial del Registro Civil debe requerir la presentación de partida de matrimonio, y preguntar si existe un acuerdo sobre el orden de los apellidos, si han arribado a un acuerdo deben presentar un escrito firmado por el otro progenitor, el que será archivado en el Registro e incorporado al expediente administrativo. En caso de no haber arribado a un acuerdo, se debe proceder al sorteo.

(iv) Si asiste solo un progenitor para reconocer al primer hijo/a extramatrimonial. El oficial del Registro Civil debe tomar el reconocimiento mediante el labrado de un acta. En este supuesto debemos

detenernos y valorar la edad del niño, a fin de considerar su capacidad progresiva<sup>27</sup>:

- Si el niño tiene menos de 13 años, el orden del apellido podrá ser conforme el acuerdo presentado ante el oficial del Registro (acuerdo por escrito con la firma del progenitor que no comparece), en cambio si no se ha arribado a un acuerdo se tramitará la inscripción manteniendo el apellido materno y adicionando en segundo lugar el paterno si así se solicitara (conf. art. 64 del CCiv. y Com).
- En cambio si el niño tiene más de 13 años, en principio se mantiene el apellido materno y se informa al padre que podrá concurrir a la vía judicial a fin de solicitar el cambio o adición de apellido (art. 64 del C Civ. y Com.) Con esta disposición se busca superar el viejo problema de que los reconocimientos no eran notificados a los interesados ni a su madre y ellos generaba situaciones de conflicto con posterioridad.
- En el caso de que concurren en forma conjunta el adolescente y el progenitor reconociente: el adolescente puede optar por el orden

---

<sup>27</sup> Se recepta el principio de capacidad progresiva sostenido a lo largo del todo el CCiv. y Com. ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y MOLINA DE JUAN, Mariel, La participación del niño y adolescente en el proceso, RCCYC2015 (noviembre), 3; MOLINA DE JUAN, Mariel. Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial argentino. *elDial.com* - DC204D Publicado el: 26/11/2015. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERERA Marisa, LAMM Eleonora y FERNÁNDEZ, Silvia E. El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación. En *www.infojus.gov.ar* Id Infojus: DACF150461 18/08/2015; FERNÁNDEZ, Silvia, Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Argentino, *Jurisprudencia Argentina. Suplemento especial*, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, directoras, SJA-2012/06/20-83.

de los apellidos, su decisión deberá constar al pie del acta de reconocimiento, que deberá ser suscripta por el mismo.

(v) Si solo concurre la madre soltera para inscribir a su primer hijo/a extramatrimonial, el oficial público debe entregarle una copia de la partida de nacimiento ya confeccionada donde al niño se consignó solo con la filiación y el apellido materno.

En este supuesto, el oficial del Registro Civil debe informar a la madre sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos y en caso que la madre manifieste los datos personales del padre, consignar los mismos en un acta, que será suscripta por la progenitora bajo fe de juramento.

Se confeccionará el acta de nacimiento consignando el apellido materno como único apellido y se remitirá una copia certificada de la partida de nacimiento y del acta al Ministerio Público Pupilar.

Aquí entra en juego la figura del Ministerio Público<sup>28</sup>, el que tiene como tarea dentro de la órbita extrajudicial procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

El art. 583 del CCiv. y Com. establece que el Ministerio Público debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre

---

<sup>28</sup> Conforme el art. 103 del CCiv. y Com : “ La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b. Es principal: i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”.

y toda información que contribuya a su individualización y paradero. Para ello, la cita a concurrir a la asesoría donde se mantiene una entrevista en forma personal y le informa sobre los derechos de su hijo (a la identidad y a la documentación) y los deberes que implica el ejercicio de la responsabilidad parental. La declaración sobre la identidad del presunto padre, que realice la madre es bajo juramento. El art. 583 habilita a que el Ministerio Público inste la acción de filiación ejerciendo la representación del niño y superando así la discusión doctrinaria sobre viejo art. 255 y las facultades del Ministerio Público<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> El art. 255 del Código Civil establecía que a los fines de iniciar la acción de filiación, era necesaria la conformidad de la progenitora. Se discutía si la conformidad era necesaria solo al momento de iniciar el trámite y el desistimiento materno habilitaba al Ministerio en ejercicio de la representación directa del niño a continuar la acción o si el consentimiento se debía mantener a lo largo del todo el proceso de filiación. Así se sostenía que : “La conformidad expresa de la madre, con la que debía contar el Ministerio Público de Menores, en todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, para iniciar la acción judicial correspondiente contra el presunto padre que se niega a reconocerlo, debe manifestarse en el proceso, demandando la madre juntamente con el Ministerio de Menores o ratificando después la demanda, de tal modo que la representante necesaria del menor se hace parte en el juicio (art. 264 inc. 4º y 274, Cód. Civil) con la asistencia letrada del asesor de menores quien a su vez asume la representación promiscua prevista en el art. 59 del Cód. Civil. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, R. c. O. • 22/07/1991 Publicado en: LA LEY 1991-E , 434 • DJ 1992-1 , 266 cita online: AR/JUR/2267/1991) En sentido contrario se dijo que: “ El art. 255 del Cód. Civil privilegia el derecho de filiación del menor, resguardando el derecho a la intimidad de la madre de sangre. El ejercicio de este último no puede ser abusivo, sino que debe ser consecuencia del ejercicio responsable de su maternidad, de manera que basta su inicial conformidad, proporcionando el nombre del progenitor del menor, para que el Ministerio de Menores inicie y prosiga el juicio de reclamación de estado del menor

#### *4.- Inscripción de nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médicos asistenciales*

Otra situación, que se puede presentar es que el nacimiento se produzca fuera de un establecimiento médico- asistencial y sin la intervención de algún profesional de la salud. En este supuesto se autoriza la inscripción por disposición o resolución administrativa motivada, debiendo el o los progenitores manifestar las causas y justificarlas fehacientemente. Tal inscripción administrativa se admitirá hasta el plazo máximo de UN (1) año, previa intervención del Ministerio Público (art. 28 de la ley 26413).

Si ha transcurrido el plazo de un año, la inscripción deberá efectuarse por resolución judicial, para cuyo dictado los jueces deberán corroborar que los interesados cumplan los siguientes recaudos: a) Certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento; b) Certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento; c) Informe del Registro Nacional de las Personas, en su caso, donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está o no identificada, matriculada o enrolada; determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; d) Declaración bajo juramento de DOS (2) testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente; e) Otras pruebas que se crea conveniente exigir en cada caso (art.29 ley 26413), su fundamento radica en evitar las sustituciones de identidad.

En la práctica se acompaña el escrito de demanda con copias certificadas de las partidas y de los documentos que se quieren modificar, en caso de contar con el certificado de nacimiento también se debe acompañar, y el certificado de no inscripción expedido por el Registro Civil, y se ofrece como prueba informe de la Asesoría

---

hasta la sentencia y su inscripción.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B • Ministerio Público de Menores y otro c. F., P. H. • 16/08/1996 • LA LEY 1997-F, 786 • Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Marcos M. Córdoba, 243 • AR/JUR/1352/1996

Letrada del Registro Civil. El juez en el primer decreto ordena la intervención del Ministerio Público Fiscal y Pupilar, también se le da vista a la Asesoría letrada del Registro y la publicación edictal (art. 70 CCiv y Com). Producida la prueba e incorporada en el expediente se da última vista a los Ministerios y se resuelve la modificación de la respectiva partida.

La variedad de situaciones que se pueden presentar y la casuística sobre cada caso particular es indudable, lo importante es que los padres y/o guardadores o el Estado asuman el compromiso de realizar a tiempo y de manera ágil los trámites para que todo niño acceda de forma eficaz y oportuna a su documentación.

## V. Conclusión

El nuevo CCiv y Com. ha significado un gran avance desde los derechos humanos, que en consonancia con los principios asentados en nuestro "bloque de constitucionalidad", se reconoce que existe un nuevo derecho familiar donde hay espacio para diversas formas familiares que integran nuestra sociedad. Nos enseña que la elección del nombre de los hijos es un derecho, y como tal, debe ser ejercido con responsabilidad; que al consagrar mayor libertad y respeto por la autonomía personal, debemos actuar con mayor responsabilidad, teniendo en cuenta las implicancias del nombre en la vida del niño.

Sobre la determinación del apellido también ha marcado un gran avance sobre la igualdad de derechos entre varón y mujer y sobre el respeto por el interés del niño teniendo en miras su capacidad progresiva e intervención en la modificación de su nombre.

Será tarea de todos los operadores del derecho poner en marcha el sistema registral actual, procurando que se respeten los principios de igualdad, libertad e inclusión.



**Compensaciones económicas en las crisis familiares:  
una herramienta de equidad**

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN (MENDOZA)



## I. Introducción

El Código Civil y Comercial argentino (en adelante CCyC) regula las compensaciones económicas en el Libro Segundo correspondiente a las Relaciones de Familia. En el derecho matrimonial, se encuentran previstas como un efecto del divorcio; en relación con las uniones convivenciales, como una consecuencia posible del cese de la convivencia. También pueden ser reclamadas por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado.

Para comprender el alcance de esta figura, es necesario comenzar recordando que el nuevo derecho familiar se encuentra inserto en el paradigma constitucional–convencional. Por eso reconoce el derecho de las personas a casarse o vivir en unión convivencial, y la facultad de los cónyuges de poner fin a su matrimonio sin invocar ni acreditar una “causa” para obtener una sentencia judicial que disuelva el vínculo matrimonial. Sin embargo, este paradigma respetuoso de la autonomía personal exige –como contrapartida- conductas responsables con aquellos con que se ha compartido “vida familiar.” Por eso, el CCyC asume que la asignación de roles y responsabilidades entre cónyuges o convivientes puede haber causado injustas desigualdades, y reconoce que los frecuentes sacrificios, postergaciones y renunciaciones de desarrollo personal y profesional que se producen durante la vida compartida, no deben ser ignorados<sup>1</sup>.

## II. Hacia la construcción de un concepto de compensaciones

En una primera aproximación podemos decir que se trata de prestaciones de carácter económico que buscan “compensar” el desequilibrio –hasta entonces oculto pero ahora visibilizado- atenuando su impacto hacia el futuro<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MOLINA DE JUAN, Mariel en KEMELMAJER DE CARLUCCI, MOLINA DE JUAN (DIR) Alimentos, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 2014, t1 p. 299 y ss.

<sup>2</sup> CARBONNIER, Jean, “La question du divorce”, *Memoire a consulter*, p. 120.

La doctrina extranjera ofrece numerosas definiciones que pueden servir como una buena referencia, haciendo la salvedad que se limitan al derecho matrimonial. En España se ha sostenido que es “aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”<sup>3</sup>. También se la ha definido como “la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio”<sup>4</sup>. En este país es una figura prevista para la superación de la pérdida económica que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges, especialmente cuando el matrimonio haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos; cuestión que en la mayoría de las oportunidades, el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar<sup>5</sup>.

En el derecho francés, Carbonnier ha explicado que la prestación compensatoria es aquella que tiene por finalidad asegurar la

---

<sup>3</sup> CAMPUZANO TOMÉ, Hermida, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 28.

<sup>4</sup> ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, Luis “La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución”, Sevilla, 2005

<sup>5</sup> ROCA, Encarna; *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1999.

restauración del equilibrio entre dos situaciones patrimoniales cuya disparidad era ocultada precisamente por la comunidad de vida<sup>6</sup>.

Volviendo a la figura regulada en el derecho argentino, no hay dudas que estamos en presencia de una de esas herramientas jurídicas destinadas a evitar que la libertad de poner fin a la convivencia consolide un desequilibrio económico injusto. En verdad, persigue la autosuficiencia en un plano de igualdad real de oportunidades, de modo que cada uno esté en condiciones de sostenerse en el futuro en forma autónoma y sin depender “económicamente” del otro,<sup>7</sup> pues con frecuencia, la dependencia económica pos-conyugal causa un fastidio entre los miembros de la pareja desavenida que repercute de manera nefasta en las futuras relaciones familiares.

Medina la ha definido como: “La cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro tras el divorcio o la finalización de la convivencia, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente (el acreedor), en relación con el otro cónyuge o conviviente (el deudor), como consecuencia directa del divorcio o finalización de la convivencia, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio o la convivencia”<sup>8</sup>.

En nuestra opinión, se trata de un “derecho” de contenido patrimonial derivado del divorcio o la ruptura de la unión, que tiene por finalidad “compensar” el injusto desequilibrio económico que la vida en común y su ruptura provocan en uno de los integrantes de la pareja, y que lo coloca en una situación de desventaja frente al otro para afrontar en forma independiente la organización económica de su vida futura.

---

<sup>6</sup> CARBONNIER, Jean, “La question du divorce”, *Memoire a consulter*, p. 120.

<sup>7</sup> Compulsar ARIANNA; Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio, RDF 2011, 52, p 45.

<sup>8</sup> MEDINA Graciela “Compensación económica en el Proyecto de Código” LA LEY 20/12/2012, 1

### III. Los presupuestos de la nueva figura

En principio, las compensaciones económicas pueden acordarse en el convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 438 CC y C)[9] o en los pactos de convivencia (art. 514 CC y C). En este último caso el pacto puede ser anterior a la ruptura y funciona como una previsión anticipada de sus efectos[10].

Cuando las partes no han decidido en forma voluntaria la procedencia de una compensación y debe formularse el reclamo judicial (dentro de los estrictos plazos de caducidad previstos), el proceso estará orientado a acreditar:

- (i) la existencia de los presupuestos legales,
- (ii) los elementos que justifiquen el monto de la prestación, su forma de cumplimiento, y el plazo, si hubiere.

El artículo 441 propone: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación”.

De modo semejante para las uniones convivenciales, el art. 524 dice: “Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación”.

---

<sup>9</sup> La prohibición expresa del art. 447 CC y C impediría todo acuerdo sobre el derecho a una compensación económica entre cónyuges vigente el matrimonio, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio aplicable.

<sup>10</sup> Sobre la posibilidad de la renuncia anticipada, ver las diferentes posturas en HERRERA, Marisa, MOLINA DE JUAN, Mariel, “Incumbencias y desafíos de los escribanos sobre aspectos patrimoniales de las relaciones de familia entre adultos: matrimonio, divorcio y uniones convivenciales” en KIPER (Dir.) Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación. Rubinzal Culzoni, 2015, t 1, p. 307 y ss.

### 1. Desequilibrio económico manifiesto.

El desequilibrio económico como concepto jurídico no se mencionaba en el Código Civil derogado. En cambio, el CC y C lo emplea en la regulación de las compensaciones económicas y también en otras normas (vgr. art. 1045 inc. c que se ocupa de la responsabilidad por evicción, art. 1119 relativo a las cláusulas abusivas, y art. 2360 que regula la masa indivisa insolvente). De estas disposiciones no se desprenden elementos que permitan una conceptualización específica de la fórmula legal.

El diccionario de la RAE define al desequilibrio como la falta de equilibrio. Esta voz en su cuarta acepción hace referencia al “Contrapeso, contrarresto o armonía entre cosas diversas.[11]”

El desequilibrio económico presupuesto de las compensaciones, denota una falta de armonía entre las diferentes posibilidades patrimoniales de las partes en conflicto, en este caso, entre quienes han integrado una familia en calidad de cónyuges o convivientes. Esa desarmonía en la situación económica surge de una doble comparación:

(i) Interna de la pareja, luego de evaluar la situación económica de uno de los cónyuges o convivientes frente al otro.

(ii) Temporal, que exige revisar la evolución patrimonial de cada uno de los miembros antes de la unión, durante el transcurso de la misma y luego de la ruptura. En este análisis dinámico será necesario valorar la totalidad de las circunstancias existentes con el fin de evitar el abuso del derecho[12] o enriquecimiento injusto del que la peticiona (por ejemplo, si recibió por herencia una empresa en marcha que le permite obtener recursos para su desarrollo futuro, si la división de bienes lo beneficia, etc.).

---

<sup>11</sup> Diccionario RAE 23<sup>o</sup> edición <http://dle.rae.es> (consulta 28 de diciembre de 2015.)

<sup>12</sup> Se sugiere la lectura de la STS del 15 de junio de 2011, no 472/2011, rec. 1387/2009.

Por otra parte, este mecanismo no se pone en marcha por cualquier menoscabo o diferencia mínima; la ley exige que sea manifiesto, es decir, que exista una desigualdad patente en las posibilidades económicas y de inserción laboral, de tal entidad que condicione en forma ostensible la situación económica futura de quien lo solicita.

Ahora bien, no existe relación directa entre el menoscabo económico que autoriza la pretensión y la existencia de una situación de necesidad[13]. Sin embargo, es evidente que la prueba del desequilibrio será más fácil si las necesidades básicas del acreedor están insatisfechas[14].

Otra cuestión que merece ser analizada es la oportunidad en que debe configurarse el desequilibrio. Aunque el reclamo solo puede formularse a partir de la sentencia firme de divorcio o luego del cese de la unión convivencial y dentro del plazo de caducidad de 6 meses, el desequilibrio que se compensa es el existente al momento de la ruptura de la vida en común[15]. Para sopesar esa diferencia interesa especialmente la última etapa de la convivencia, siempre que se demuestre que corresponde al nivel real de posibilidades, que tenga una proyección razonablemente segura y que no sea producto de acontecimientos ocasionales o pasajeros.

En el supuesto de cónyuges, si hubo separación de hecho previa al divorcio, es ese el momento en el que debe configurarse el desfase (aunque insistimos que el planteo judicial no puede realizarse antes del divorcio). Sin embargo, si el cónyuge separado percibía alimentos, el TS español ha autorizado la compensación (reclamada recién con el divorcio) pues entendió que el desequilibrio existía al

---

<sup>13</sup> Conf. STS España 03 de octubre de 2011; LL N 7746, Año XXXII ed. La Ley. La ley 18620/2011.

<sup>14</sup> Compulsar BELIO PASCUAL, Ana, La pensión compensatoria, cit., p 31. La autora sostiene que en la jurisprudencia española la existencia de ingresos propios del cónyuge acreedor que le permitan subvenir a sus propias necesidades, dificulta o impide en muchos casos el establecimiento de la pensión compensatoria.

<sup>15</sup> STS España 2879/2013 Id Cendoj: 28079110012013100295 Consejo General del Poder Judicial.

momento de la ruptura aunque la prestación alimentaria posterior lo “ocultara”[16].

Las circunstancias sobrevinientes o las alteraciones posteriores al cese de la vida en común no dan derecho a la prestación (enfermedad, mejora en las condiciones laborales del otro). Tampoco la eventual pérdida del trabajo del solicitante[17] pues en este caso el desequilibrio no tendría lugar como consecuencia de la ruptura, sino del despido posterior.

Una de las dudas que más se ha planteado en los foros académicos durante los primeros meses de vigencia del CCyC es si puede configurarse el desequilibrio exigido por la ley si ambos cónyuges son independientes económicamente. Este debate también se dio en España y el Supremo Tribunal fijó su posición: “en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”[18] y esta disparidad tenga un carácter desequilibrante. Sin embargo, “no basta

---

<sup>16</sup> STS España 09 de febrero de 2010: “Procede declarar que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria.” El fallo, cuya ponente fue Roca Trías, estima el recurso de casación interpuesto por la esposa divorciada, y fija criterio doctrinal en relación a las discrepancias existentes entre las Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de convertir los alimentos acordados en la separación en pensión compensatoria.

<sup>17</sup> Conf. STS España, 19 de octubre de 2011 que niega el derecho de pensión compensatoria a la esposa que prestaba servicios en una empresa del marido, al quedar condicionado a la hipotética pérdida futura del empleo.

<sup>18</sup> STS España, 10 de marzo de 2009, 17 de julio de 2009, 22 de julio de 2011, 4 de diciembre de 2012, 16 de noviembre de 2012, 22 de junio de 2012, 19 de febrero de 2014, 3 de noviembre de 2015.

la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial<sup>19</sup>.

¿Es posible aplicar esta doctrina en el derecho argentino? La respuesta afirmativa parece imponerse. Tal como hemos sostenido, la compensación no exige la prueba del estado de necesidad. Aunque ambos sean independientes luego del divorcio, puede fijarse si se trata de una situación desequilibrante que reconoce la causalidad adecuada en la vida en común y su ruptura.

## *2. Causa adecuada en el proyecto común y su ruptura*

Como se anticipó, el desequilibrio que se compensa exige un nexo causal comprobable entre una determinada forma de organización familiar y el desajuste económico que provoca el divorcio o el cese de la unión.

Este requisito es otra de las notas determinantes que el operador del derecho debe valorar. En otras palabras, no solo importa la diferencia de nivel económico o de posibilidades entre las partes, sino también la causa de esa diferencia.

Cabe aclarar que la razón que habilita la compensación nada tiene que ver con la culpa en la ruptura y prescinde de que el beneficiario haya estado o no de acuerdo con la planificación familiar, aunque no puede ampararse la desidia ni el abuso del derecho. En definitiva, subyace el respeto por los pactos que los miembros de la pareja han realizado para distribuir roles y responsabilidades.

En principio, si la diferencia responde exclusivamente a una inicial situación de desigualdad entre patrimonios o calificaciones profesionales, no habría derecho a compensación<sup>20</sup>. Esta es la posición de la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo español de 19 de

---

<sup>19</sup> STS España, 20 de febrero de 2014, rec. 2489/2012

<sup>20</sup> En el mismo sentido, STS España, 23 de enero 2012 (Tol 2407043).

enero de 2010 (RC 52/2006), que afirma: “no procede si el desequilibrio no tiene su causa adecuada en el matrimonio sino en una superior preparación o cualificación profesional de uno, que no estuvo determinada por el matrimonio. Lo que pretende es colocar al beneficiario en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que hubiera tenido de no mediar matrimonio”[21].

El texto legal vigente en nuestro país sortea la polémica que en el derecho español se ha generado en torno de la interpretación del artículo 97 del Código Civil (una de las fuentes del art. 442), y que dio lugar a dos posturas: una objetiva que sostuvo que las pautas indicadas en la norma solo sirven para determinar la cuantía, y otra subjetiva que consideró que, además, deben utilizarse para evaluar si existió o no desequilibrio económico compensable[22].

El CCyC ofrece una serie de parámetros que sirven de guía para determinar si existe o no esta relación de causalidad adecuada, y en caso de comprobarse, cuál es el monto de la compensación a fijar. Es decir, son pautas que actúan como elementos integrantes del desequilibrio. Pero una vez constatada su existencia, se utilizan para fijar la cuantía de la prestación a cumplir.

Recordemos los textos legales:

El art. 442, ubicado entre los efectos del divorcio dice: “Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

---

<sup>21</sup> STS España 23 de octubre de 2012, 234/2012.

<sup>22</sup> BELIO PASCUAL, Ana, La pensión compensatoria, cit., p. 74 y ss.

- c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

El art. 525 referido a los efectos de las uniones convivenciales regula: Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
- b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;
- c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
- f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

Como se observa, se trata de indicadores referidos a las condiciones existentes al comienzo de la vida en común, la articulación de roles y responsabilidades durante la convivencia familiar, las circunstancias configuradas al tiempo de la ruptura y su evolución en un futuro previsible.

Aunque algunos sean más importantes o frecuentes que otros, ninguno es de por sí definitorio; en todos los casos la decisión judicial exige una compleja tarea de ponderación de la interacción entre ellos<sup>23</sup>.

*a. El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges o convivientes al inicio y a la finalización de la vida matrimonial o convivencial.*

Este es uno de los principales indicadores del desequilibrio, al tiempo que elemento central para la posterior cuantificación. Se refiere a los bienes que cada uno posee y a las expectativas económicas que surgen de ese patrimonio (por ej., la posibilidad de dar frutos). También comprende los medios y recursos que se derivan de las actividades laborales o profesionales.

Aunque el derecho a percibirla no se encuentra condicionado a un determinado régimen patrimonial del matrimonio o a la existencia de eventuales pactos de distribución de bienes en la unión convivencial, lo cierto es que el régimen aplicado y sus efectos puede incidir en la decisión judicial.

Si hubo separación de bienes, la compensación funciona como un correctivo doble: estático (del patrimonio) y dinámico (de las

---

<sup>23</sup> La jurisprudencia española ofrece numerosos ejemplos de cómo realizar esta valoración. En un caso afirmó que la diferencia salarial de los cónyuges en forma aislada no es suficiente para constatar la existencia de un auténtico desequilibrio si a quién solicita la pensión se le ha atribuido la vivienda, o el deudor ha asumido el pago de deudas de la comunidad. (STS España, 22 de junio de 2011, N°5570/2011.).

capacidades). En cambio, si hubo comunidad, la liquidación puede reequilibrar a las partes, aunque habrá que estar al caso concreto<sup>24</sup>, pues en la partición pudo no tenerse en cuenta la capacitación o la posibilidad de reinserción laboral de los cónyuges<sup>25</sup>, y es posible que el reparto de bienes no permita superar las desigualdades reales o, peor aún, que no haya bienes para repartir. En estos casos la compensación será prioritariamente un correctivo dinámico.

También es factible que el régimen patrimonial no esté liquidado al momento de la petición o de la valoración del desequilibrio, pues, conforme lo indica el art. 498 CC y C, la partición puede solicitarse en cualquier tiempo y no es requisito para la fijación de compensación. Si se tiene en cuenta que la acción caduca a los 6 meses de la sentencia de divorcio, al momento de resolver, habrá que prescindir de los datos que podría aportar la liquidación y tomar en cuenta la titularidad de los bienes, su calificación y su capacidad de producir rentas.

*b. La dedicación que cada uno brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio o cese de la vida en común.*

Este es otro de los presupuestos de ineludible impacto para decidir si existió o no desequilibrio; refleja la valoración del sacrificio realizado por uno de los miembros de la pareja en pos del proyecto común (generalmente, aunque no exclusivamente, la mujer). En el

---

<sup>24</sup> En un caso muy ilustrativo, el Tribunal Supremo español sostuvo que el hecho de que la esposa sea adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales, no implica la superación del desequilibrio económico existente, pues la liquidación solo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados su haber que ya le correspondía, pues el desequilibrio tiene que ver con la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa tuviera medios suficientes para subsistir (STS España, 3 de octubre de 2008).

<sup>25</sup> Ver por ejemplo STS España 10 de marzo de 2009 y 8 de mayo de 2012.

derecho comparado, suele ser la circunstancia más habitual a tener en cuenta para su fijación[26].

El concepto de dedicación ha sido utilizado por la norma en un sentido amplio, comprensivo de la aportación al cuidado, la educación de los hijos, la gestión doméstica, la contención moral de los miembros del grupo, sin descartar nuevas hipótesis como, por ejemplo, la atención de otros parientes que pueden haber convivido con la familia (por ej., padres o hijos del obligado).

El inciso exige ponderar dos momentos temporales:

(i) el pasado, es decir, durante la vida en común o la separación de hecho si hubo matrimonio. De alguna manera, esta colaboración tiene un valor económico que ha beneficiado al otro, pues evita la contratación de terceros que cumplan estas tareas lo que significa una reducción del gasto familiar. Debe tenerse presente que los arts. 455 y 520 CC y C estipulan expresamente el contenido económico del trabajo doméstico. Como se anticipó, no interesa el motivo por el cual las partes decidieron la distribución de roles. No se trata de juzgar las razones de una u otra dinámica ni procede únicamente en beneficio de aquel que se ha visto “obligado” a dedicarse a los hijos o el hogar. Lo que en verdad importa es que exista una relación causal entre la postergación personal durante la vida en común y el posterior menoscabo. Aunque el texto no lo diga, es evidente que esta pauta tiene una indudable vinculación con la duración del matrimonio o de la unión convivencial.

(ii) el futuro, posterior al cese de la vida en común. Comprende las tareas de cuidado personal de los hijos menores de edad (arts. 649, 640 y 653 CC y C) sea por acuerdo de partes informal, forma-

---

<sup>26</sup> Conf. BELIO PASCUAL, Ana, La pensión compensatoria, cit., p. 97. Ver también en Chile, art. 61 y 62 Ley de matrimonio. Para profundizar PIZARRO WILSON, Carlos, VIDAL OLIVARES, Álvaro; La compensación económica por divorcio o nulidad matrimonial; Legal Publishing, Santiago de Chile; 2009,

LEPIN MOLINA, Cristian Luis; La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

lizado en un plan de parentalidad homologado, o por decisión judicial. Se tiene en cuenta el tiempo que insumen estas tareas a cada progenitor, tiempo que resta a la jornada laboral o a la capacitación.

*c. La edad y el estado de salud de los cónyuges o convivientes y de los hijos.*

En cuanto a los cónyuges o convivientes, la ponderación de la edad y estado de salud es útil para evaluar las posibilidades de desenvolvimiento autónomo. Se tiene en cuenta si está próximo a la jubilación o no, si no tiene posibilidades de acceder a ella, si padece de una enfermedad crónica o accidental que genera mayores gastos, si puede o no puede trabajar, si cuenta o no con cobertura social, etc. El inciso se refiere también a la edad de los hijos. Resulta lógico que no sea la misma dedicación y tiempo que debe disponerse para atender a niños que se encuentran en la primera infancia o concurren a la escuela primaria, que si son adolescentes o están próximos a la mayoría de edad o la independencia.

*d. La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge o conviviente que solicita la compensación económica.*

Esta pauta es otro elemento central que permite valorar la existencia o no de desequilibrio económico desde una perspectiva dinámica. Interesa observar si el peticionario tiene con formación laboral, si puede adquirirla, completarla o especializarse y, en todo caso, cuáles son sus posibilidades reales de ejercer la tarea para la que se encuentra preparado.

En general, la preparación profesional condiciona las posibilidades de acceso al empleo, aunque no puede asegurarse una relación directa entre ambos, pues la mera circunstancia de poseer título académico o profesional no es de por sí suficiente para garantizarlo. En concreto, depende de las posibilidades reales de desarrollar la actividad para la que está calificado. Esta es la idea que ha prevalecido en la jurisprudencia italiana. En una sentencia del 8 de febrero de 1977, el tribunal de Casación dejó aclarado que la ap-

titud para el trabajo de uno de los cónyuges divorciados no es de por sí suficiente considerada en abstracto para demostrar la posibilidad de ganancia o beneficio del mismo, debiéndose, por el contrario, tener en cuenta la efectiva posibilidad de desarrollo de la actividad profesional para el cual el cónyuge es idóneo, valorándose en concreto todo factor, sea individual, sea de naturaleza ambiental y económico social<sup>27</sup>.

Piénsese por caso en aquel que estudió biología marina y ha debido radicarse por razones laborales del otro en una ciudad mediterránea, con nulas posibilidades de ejercer su profesión, o en el supuesto en que para el desenvolvimiento de la actividad profesional la juventud sea determinante, luego de la cual ya no pueda lograr una óptima inserción laboral (por ejemplo, los deportistas, modelos publicitarios, etc.).

Asimismo deberán ponderarse las condiciones del mercado, si el acreedor busca trabajo, si tuvo ofertas laborales y las rechazó, etc.

*e. La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge o conviviente.*

La norma se refiere a la prestación de trabajo efectivo dirigida al desarrollo o mayor rendimiento de una actividad mercantil, industrial o profesional del otro, que le reporta un beneficio.

Se trata de supuestos en que la contraprestación o remuneración ha sido nula o escasa, tal como sucede cuando uno de los miembros de la pareja, generalmente, aunque no exclusivamente, la mujer- desempeña funciones de apoyo o colaboración con el trabajo del otro (secretaria del consultorio médico o del estudio jurídico, de telefonista de la agencia de taxis, etc). La doctrina española exige constatar una cierta periodicidad de la labor prestada<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Cass 8 febrero 1977, num 556. Compulsar CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio, cit. , p. 119.

<sup>28</sup> Para ampliar CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio, cit. p. 132 y ss.

Puede resultar difícil distinguir la colaboración que patentiza el desequilibrio y autoriza el reclamo, de aquella que surge del deber de asistencia entre cónyuges y convivientes en virtud del proyecto común (arts. 431, 519). Por ello es muy importante verificar si esa actividad ha generado o no un enriquecimiento injusto para el otro, y si quien lo presta se haya visto efectivamente perjudicado.

No sería necesario que sea la actividad principal del deudor, puede ser un emprendimiento complementario siempre que el otro haya dedicado tiempo y esfuerzo suficiente para procurarle un beneficio.

Con alguna frecuencia, uno de los miembros de la pareja aporta su trabajo a la empresa familiar del otro. Si se trata de un matrimonio, aunque la participación societaria sea un bien propio, durante la vida en común ambos obtienen beneficios pues los dividendos de la sociedad (en tanto frutos civiles) son gananciales (art. 465 inc. d. CC y C). Lógicamente, al producirse el divorcio estos beneficios desaparecen y dejan de integrar la masa partible. En estos casos, si la prestación fue condición de la productividad, podría nacer derecho a una compensación por la pérdida de esas rentas dejadas de percibir<sup>29</sup>.

#### *f. La atribución de la vivienda familiar.*

La última pauta prevista expresamente por los artículos 442 y 525 CC y C es la atribución de la vivienda familiar.

La propuesta legal concuerda con la posibilidad de solicitar la atribución de la vivienda matrimonial (arts. 443 y 444) o convivencial (art. 527). En ambos supuestos se enuncian los parámetros que el juez debe valorar para decidir y el plazo de duración (limitado a los dos años para las uniones convivenciales). También autoriza a fijar un canon locativo en beneficio del cónyuge o conviviente que debe soportar las consecuencias económicas de esa atribución.

---

<sup>29</sup> Esta hipótesis fue analizada en profundidad por CAMPUZANO TOME, Herminia, La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio, cit. p. 132 y ss.

Todos estos elementos se deben ponderar a la hora de decidir si existió o no un desequilibrio compensable.

*g. Otras pautas posibles.*

La expresión de los artículos 442 y 525 CC y C “entre otras” confirma que las circunstancias antes enunciadas no tienen naturaleza de *numerus clausus*, sino de *numerus apertus*. La valoración de cuáles pueden incorporarse en el análisis queda sujeta al libre y prudente arbitrio judicial.

Entre otras, puede jugar el tiempo del matrimonio y de la convivencia pues no es lo mismo si el proyecto familiar ha durado pocos años que si se ha extendido durante décadas. Tanto en el derecho español (art. 97 inc. 6) como en el francés (art. 272) la extensión del matrimonio opera como elemento de ponderación legal.

#### **IV. El monto de las compensaciones**

Otro de los grandes interrogantes que genera la figura, gira en torno de determinar el *quantum* de la compensación.

Al tratarse de una herramienta correctiva del desequilibrio en las posibilidades económicas, para decidir cuánto debe pagarse habrá que llevar adelante el análisis comparativo de una pluralidad de factores<sup>30</sup>. Es importante tener presente que el pago no se busca igualar patrimonios ni restituir lo perdido por su equivalente exacto, tampoco garantizar el nivel de vida que se tenía durante la convivencia.

Para la cuantificación se aplican las pautas de los arts. 442 y 525 CC y C explicadas más arriba, que comprenden: a) las condiciones existentes al comienzo de la vida en común, b) la distribución de roles y responsabilidades durante la vida familiar y c) las circunstancias existentes al momento de la ruptura y su evolución en un futuro previsible.

---

<sup>30</sup> Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión redactora.

## V. Forma de pago

La regla general es la autonomía personal para decidir la forma de cancelar esta obligación. El CC y C señala que puede consistir en una prestación única o en una renta por tiempo determinado y pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo. Así por ejemplo, si el beneficiario es un profesional que ha dejado de trabajar, puede ser compensado con una suma equivalente para realizar un curso de posgrado o de actualización o para establecerse; si ha abandonado sus estudios, lo necesario para retomarlos, o bien la entrega de una suma de dinero o un bien para poner en marcha un negocio, etc.

En principio, la idea que encierran las normas es que se realice mediante una entrega única, porque permite disponer de un capital para reequilibrar la situación y evita los conflictos que puede generar el pago de una renta. Es decir, “solucionar el problema de una vez por todas.” Sin embargo, esta opción no siempre es posible dado que requiere una capacidad económica que a veces el deudor no tiene. Por eso, también puede pagarse mediante una renta temporaria. La hipótesis de renta indeterminada solo se admite entre cónyuges y con carácter excepcional, en aquellos casos donde el desequilibrio sea perpetuo, lo que puede darse si la persona está en edad de jubilarse o próxima a ella y se ha dedicado toda su vida al hogar o los hijos, o si tiene una enfermedad que no le permite acceder al mercado laboral, etc. Tal como surge del art. 434, la fijación de una compensación excluye el reclamo alimentario.

## VI. Modificación y extinción

Establecido el derecho a percibir una compensación por acuerdo o sentencia ¿es posible modificarlo o extinguirlo si cambian las circunstancias? La respuesta a este interrogante depende de la naturaleza que se le asigne<sup>31</sup>. Duprat ha rechazado esta posibilidad porque al fijarse se tuvieron en cuenta circunstancias fácticas existentes en un momento determinado; el monto no se encuentra su-

jeto a situaciones sobrevinientes que hagan variar las cuestiones analizadas originariamente; salvo que las partes estén de acuerdo en el cambio<sup>32</sup>.

Sin perjuicio de ello, existen causas legales de extinción:

**Caducidad:** Opera a los seis meses del cese de la unión o la sentencia de divorcio. Esto tiene directa relación con la finalidad de la figura (compensar la situación de desequilibrio producida por la ruptura), otorgando elementos para auto sustentarse<sup>33</sup> con la mayor brevedad.

**Cumplimiento de la condición resolutoria,** acordada o fijada judicialmente, del plazo señalado o de la prestación debida.

**Renuncia expresa** en el convenio regulador de los efectos del divorcio o en el pacto de cese de la unión. Sin embargo, aunque estos convenios se rigen por el principio de la autonomía personal, esta renuncia no debe afectar el núcleo de derechos fundamentales (arts. 439, 513, 515 CC y C).

### *¿Puede renunciarse en forma anticipada?*

Entre cónyuges no es posible por imperativo del art. 447 CC y C, que fulmina de nulidad todo acuerdo relativo al patrimonio de los esposos diferente de los admitidos en el art. 446.

Entre convivientes, existen dos posturas. Para unos son renunciables al no estar prohibida la renuncia por el art. 513<sup>34</sup>. Otros ar-

---

<sup>31</sup> Para profundizar sobre la naturaleza jurídica de las compensaciones 90. MOLINA DE JUAN, Mariel, Compensaciones económicas para cónyuges y conviviente. Preguntas necesarias y respuestas posibles, Rev. Anales de Legislación Argentina. Año LXXV 24. Setiembre 2015. ISSN 1514-3341 p. 165.

<sup>32</sup> DUPRAT, Carolina art. 440, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA, LLOVERAS, Tratado de derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014, T I, p. 409.

<sup>33</sup> Ampliar en PELLEGRINI, María Victoria, art. 441 en KEMELMAJER, LLOVERAS, HERRERA, Tratado de derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2014 T I p. 480

gumentan que no se estaría abdicando a un derecho no nacido, sino a la ley aplicable (art. 13 CC y C)<sup>35</sup> aunque podría discutirse la renuncia de uno a favor de otro a título gratuito. Entienden que si bien es un derecho de tinte patrimonial, constituye una figura con fuerte perspectiva de género por lo cual entraría en la prohibición genérica que recepta el art. 515<sup>36</sup>. En definitiva se trata de uno de los tantos debates abiertos que genera el CC y C y que la doctrina y jurisprudencia irán desarrollando con el correr del tiempo<sup>37</sup>.

El derecho a la compensación no se extingue por matrimonio o unión convivencial del beneficiario, pues tales situaciones resultan ajenas al fundamento esencialmente compensador de la figura. Tampoco concluye por muerte del deudor. En este caso, el beneficiario ingresa en la sucesión como un acreedor del causante<sup>38</sup>. Sin perjuicio de ello, si el caudal hereditario no alcanzara a satisfacer las necesidades de la deuda, los herederos pueden plantear la reducción o supresión, debiendo aplicarse las reglas del derecho sucesorio (art. 2280 CC y C).

---

<sup>34</sup> MEDINA, Graciela Compensación económica en el Proyecto de Código, LA LEY 2013-A, 472 - DFyP 2013 (enero-febrero), 01/01/2013, p. 3 yss. Cita Online: AR/DOC/4860/2012.

<sup>35</sup> Para ampliar la discusión en el derecho español y chileno, LEHMAN y ot. El carácter extrapatrimonial de la compensación económica y su renuncia Rev. Der. de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (2o Semestre de 2011) [pp. 93 - 113]

<sup>36</sup> SOLARI, Nestor E., Sobre el carácter renunciante de la prestación compensatoria”, DFyP 2014 (julio), 14/07/2014, p. 8 y ss. Cita Online: AR/DOC/1884/2014.

<sup>37</sup> HERRERA, Marisa, MOLINA DE JUAN, Mariel, en Incumbencias y desafíos de los escribanos sobre aspectos patrimoniales de las relaciones de familia entre adultos: matrimonio, divorcio y uniones convivenciales, en prensa.

<sup>38</sup> A diferencia del derecho español, que indica que los herederos podrían solicitar al juez la reducción o supresión si su pago afectara la legítima (art. 101 CC E).

## VII. Conclusiones preliminares

A lo largo de este artículo he tratado de aportar algunos lineamientos para ayudar a comprender los principales aspectos que encierra la fijación de compensaciones económicas en las crisis familiares:

(i) Los presupuestos de procedencia no deben evaluarse en forma abstracta. Tal como indica el art. 1 CC y C, “los casos que este código rige” están condicionados por las circunstancias concretas de cada grupo familiar y la dinámica funcional instalada entre ellos.

(ii) No hay dudas que la existencia de un desequilibrio económico es un requisito ineludible. Pero su comprobación no se agota en la confrontación de los patrimonios de ambos en forma estática; exige una evaluación cuidadosa de las circunstancias causales que condujeron al menoscabo y sus consecuencias hacia el futuro.

(iii) La constatación de la injusticia que avala el reclamo no se relaciona con la culpabilidad o inocencia en la ruptura.

(iv) El operador del derecho será quien, antes de tomar cualquier decisión, deberá efectuar un cuidadoso proceso de ponderación y verificar si el sacrificio realizado por uno en pos del proyecto común es causa de una situación económica realmente desequilibrante, que afecta sus posibilidades de desarrollo futuro.

Es esperar que la semilla de esta nueva ordenación jurídica llegue a prender en nuestra sociedad pues se presenta como una figura con perspectiva de género, que ofrece respuestas concretas y equitativas a una multiplicidad de supuestos de hecho propios de la vida familiar contemporánea.



**La función preventiva de la Responsabilidad Civil  
en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

AB. CLAUDIO FABRICIO LEIVA (MENDOZA)

“Lo importante es no dejar de hacerse preguntas”.

EINSTEIN



## I. La Responsabilidad civil y sus funciones

El propósito de estas líneas es abordar, en sus grandes directrices, el tratamiento de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>1</sup>

Es precisamente el art. 1.708 del Código que inicia el Título “Responsabilidad Civil” como una de las fuentes de las obligaciones, determinando qué funciones debe desarrollar el Derecho de Daños, en estos términos: “Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

El Código establece, en consonancia con las modernas tendencias doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, que la Responsabilidad Civil no debe limitarse solo y exclusivamente al resarcimiento de los daños ya acaecidos, sino que avanza en la propuesta, regulando, en forma prioritaria, la función preventiva. El Anteproyecto había propuesto, también, la función punitiva, bajo la denominación “sanción pecuniaria disuasiva”.<sup>2</sup>

---

[1] Puede verse: LORENZETTI, Ricardo, “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 23/04/2012, 1; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “A propósito de reformas a los Códigos Civil y de Comercio”, LA LEY Sup. Act. 19/05/2011, 1; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, LA LEY 30/07/2012, 1; GALDÓS, Jorge Mario, “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, LA LEY 11/06/2012, 1.

[2] En los Fundamentos del Proyecto, puede leerse: “Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva. Desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Esta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen

Destacamos que el art. 1709 establece la “prelación normativa”: “En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código”.

En el desarrollo de estas ideas introductorias en torno a la prevención del daño, y a propósito de la prelación de normas aplicables, parece importante destacar que el art. 52 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, en tanto que el art. 52 regula las afectaciones de la dignidad de la personas, diciendo que “la persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”<sup>3</sup>

---

un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental. La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no solo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva...”

[3] Por lo demás, el art. 1° del Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de las fuentes y su aplicación: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá

La persona y sus derechos fundamentales hoy constituyen el epicentro del sistema<sup>4</sup>, y, tratándose de daños provocados a esta categoría de derechos, muchas veces, la indemnización puede resultar insuficiente. Se torna, así, prioritario desplegar mecanismos de evitación de los daños antes que implementar su reparación cuando estos ya se han producido.<sup>5</sup>

Vázquez Ferreyra aporta que el nuevo Código ha unificado la responsabilidad contractual con la extracontractual, y al no hacer ningún distingo al regular la función preventiva, dicha nueva mi-

---

en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

[4] “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo — más allá de su naturaleza trascendente — su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tiene siempre carácter instrumental...” (CSJN, “Campodónico de Beviacqua”, Fallos: 323:3229)

[5] La Comisión N° 8 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires entre el 22/24 de setiembre de 2.005, abordó el tema de la “Constitucionalización de los derechos personalísimos”; allí, se propuso de lege lata: 1. En términos generales, los derechos personalísimos encuentran sus-tento normativo en la Constitución Nacional, de modo directo o indirecto. 2. La reforma constitucional del año 1.994 ha acentuado su tutela con la jerarquización de instrumentos internacionales (art. 75 inc. 22 y la incorporación de vías de protección Efectivas de esos derechos. 3. La estimativa jurídica actual de los derechos personalísimos emplazados constitucionalmente, ha potenciado las vías de tutela preventivas, resarcitorias y punitivas frente a atentados contra la dignidad humana y los derechos personalísimos que la misma conlleva. 4. El reconocimiento del derecho a la reparación con basamento constitucional que se regla en la jurisprudencia de la CSJN en los casos de daños a la persona, se inserta dentro de esta cosmovisión. 5. La interpretación más correcta de los derechos personalísimos relacionados con la vida y la salud, debe ser efectuada a la luz de principios bioéticos. (mayoría).

sión puede jugar tanto en el campo de la simple violación de la ley como en el del incumplimiento de obligaciones o contratos. Así por ejemplo en una relación de consumo, en donde el proveedor de bienes o servicios realice una conducta que pueda ser generadora de perjuicios, la acción preventiva sería viable en la medida que se reúnan los requisitos de su procedencia. Hasta sería viable una acción colectiva tal como fuera diagramada por la CSJN en el precedente "Halabi", dentro de la cual se ventile una acción preventiva. De hecho en la práctica judicial se han visto acciones semejantes, en las que alguna asociación de consumidores ha iniciado una acción tendiente a evitar que se genere o se continúe generando algún perjuicio a los consumidores y usuarios.<sup>6</sup>

Afirma Prevot que la idea de añadir, con carácter esencial, a la indiscutible función reparadora de la responsabilidad civil una finalidad preventiva dirigida a evitar o reducir los comportamientos dañosos ha sido puesta de relieve por los autores que se han ocupado del análisis económico del Derecho, y así, se sostiene: a) No se trata de sacrificar la exigencias compensatorias en aras de la prevención; b) El análisis de los aspectos funcionales de la responsabilidad civil debe realizarse con sustento en las normas positivas y principios jurídicos vigentes al momento de llevarse a cabo la interpretación. El objeto de la prevención o disuasión de conductas dañosas puede ser perfectamente deducido del sistema de responsabilidad civil tal como fue diseñado por el codificador de fines del siglo XIX, es decir, en clave subjetiva; c) La prevención del daño no es una tarea que resulta extraña al Derecho en general ni al Derecho Civil en particular.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY 2015 - C, 726.

<sup>7</sup> PREVOT, Juan Manuel, "La prevención del daño en la codificación del Siglo XIX y en el Código Civil Argentino", en Revista de Derecho de Daños, "Prevención del daño", Santa Fe, RUBinzal Culzoni, 2.008 - 2, pág. 177 y sgtes., en especial pág. 183.

## II. La importancia de la prevención de los daños

No está demás destacar que, en este estadio de la evolución del pensamiento jurídico, la responsabilidad es la reacción jurídica contra un perjuicio –daño- valorado como injusto por el ordenamiento jurídico<sup>8</sup> e importa el deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño; es una respuesta a un mal, disvalor o contravalor, que nos ha quitado algo que era nuestro: la integridad psíquica, la integridad física y el disfrute de bienes.<sup>9</sup>

Tal concepción lleva consigo una valoración superlativa de la persona humana (víctima) que ha sufrido un perjuicio injusto, a punto tal que fue adquiriendo cada vez mayor relevancia la cuestión de la prevención de los daños; en esta línea de la evolución, mientras para una visión clásica o tradicional, la responsabilidad civil importaba la obligación del “sujeto responsable” de compensar con un bien (la indemnización) a quien ha sufrido el mal injusto, una visión moderna del Derecho de Daños no se conforma solo con compensar y reparar, sino que es más ambicioso en sus objetivos y en sus finalidades: además de buscar la compensación o la reparación del perjuicio injusto, pretende que no se causen perjuicios injustos y en definitiva, prevenir que sucesos dañosos se produzcan o, si ya se han producido, evitar que sus consecuencias se agraven.<sup>10</sup>

En definitiva, en el Derecho de Daños, responder implica asumir las consecuencias nocivas injustas que sufren o que pueden su-

---

<sup>8</sup> LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Tomo 1.999, Buenos Aires, La Ley, 1.999, pág. 958 y sgtes.

<sup>9</sup> GOLDENBERG, Isidoro, “Indemnización de daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación”, Buenos Aires, Hammurabi, 1.993, pág. 52 y 53).

<sup>10</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Tomo 4, Bs. As., Hammurabi, 1.999, pág. 67 y sgtes.; LORENZETTI, Ricardo, “La influencia del Derecho constitucional en el Derecho Privado”, Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, 1.998, Tomo 31, pág. 355 y sgtes.

frir otras personas, con motivo de una actividad, que actual o potencialmente lesiona sus intereses.

El deber genérico de no dañar reviste rango constitucional (Art. 19 de la Constitución Nacional): cada sujeto puede conducirse en la vida social del modo en que libremente elija con el límite de no perjudicar los derechos de terceros, ni ofender el orden ni la moral pública. Este tercero mencionado en el texto constitucional, para el Derecho de Daños, es, justamente, la posible víctima de un perjuicio.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Ya en el caso “Santa Coloma”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció, de manera categórica, la raíz constitucional del *nenimen laedere* (Art. 19 de la Constitución Nacional), desautorizando aquellas decisiones judiciales que, al desconocer el derecho a una indemnización justa, violan el imperativo de “afianzar la justicia”, consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna (CSJN, 5/8/1.986, “Santa Coloma, Luis y o/s. C/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, ED 120-649, con nota de Guillermo Borda, “El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar”). Kemelmajer de Carlucci sostiene que los fundamentos constitucionales del deber de reparar los daños pueden ser varios: a) La reparación de los perjuicios implica una prolongación de la seguridad jurídica, valor ínsito en el ordenamiento fundamental del Estado; b) El derecho a la reparación es la lógica consecuencia de la violación de un derecho; si este está consagrado en la Constitución, también lo está el derecho a su reparación; c) Se trata en definitiva de un desprendimiento conceptual del derecho de propiedad y del valor justicia; d) En Argentina, antes de la reforma constitucional, el deber de no dañar se derivaba del artículo 19; ahora se desprende de la consagración de los Derechos Humanos, desde que la segunda regla de Ulpiano (*alterum non laedere*), constituye el fundamento básico de los llamados Derechos Humanos. En tal sentido, el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, incorporado a la Constitución, ordena la reparación de los daños que pudiesen producirse a cualquiera de los derechos contenidos en el pacto a través de una indemnización ejecutable en sede interna; su artículo 5º, especialmente, dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; e) La protección constitucional del Derecho de Daños forma parte de un fondo

Desde la doctrina, se enseña que dicho principio debe ser interpretado primero en forma literal, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado (intervención ex post), sino de evitación del daño (actuación ex ante); consecuentemente, cabe postular que hay una exigencia ética y jurídica de "no dañar" que requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados. Existe un deber de no perjudicar, salvo causa de justificación.<sup>12</sup>

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en setiembre de 2011, se sostuvo que "el principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños". (Abstención de los Dres. Novelli y Tabares)<sup>13</sup>

El principio *alterum non laedere* ordena precisamente no dañar al otro, y puede interpretarse como actuar antes de que se concrete el daño. El principio no está formulado "siempre hay que indemnizar", poniendo el acento en la compensación ex post en lugar de la prevención ex ante. Por el contrario, siempre es mejor que un daño no ocurra a que un daño se indemnice bien. La reparación integral es solo un principio que no siempre cubre todos los daños, todos los damnificados y todas las consecuencias.<sup>14</sup>

---

común legislativo, habiendo sido reconocido en diversos países. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., "La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del Derecho de Daños desde la óptica del Derecho Constitucional", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", "Accidentes", pág. 265 y sgtes., en especial, pág. 270.

<sup>12</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Función preventiva de daños", LA LEY 03/10/2011, 1 y sgtes.

<sup>13</sup> Puede verse: TANZI, Silvia Y., "Principios de Prevención y Precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Tucumán, septiembre de 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión N° 3. Derecho de Daños", RCyS2011-XI, 275.

<sup>14</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones", Revista de Derecho de Daños, 2008 - 2, "Prevención del daño", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 193 y sgtes., en especial pág. 201. Perdía advierte que prevenir una ruptura

La idea rectora del principio de constitucionalización del derecho de daños es que la causa fuente del deber de no dañar debe buscarse, derechamente, en la propia Carta Magna y en el conjunto de tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional. Dicho en otros términos, el derecho a no ser dañado y, en su caso, a ser indemnizado encuentra su fuente en la propia Constitución Nacional. En tal sentido los principios constitucionales modifican las jerarquías de las situaciones jurídicas privadas y crean una nueva fuente, superior y ordenadora. Siendo entonces la propia Carta Magna la causa fuente directa del principio deber de no dañar (art. 19 CN) y, resultándonos claro e indubitable que el mismo presupone de manera previa y autónoma al deber de reparar el perjuicio ocasionado, el de su evitación, no puede sino concluirse que la función preventiva de la responsabilidad civil que ahora reconoce el nuevo Código, tiene linaje constitucional.<sup>15</sup>

### III. Distintas formas de prevención de daños

La idea de prevención ha estado presente, de alguna manera, en el enfoque tradicional de la “Responsabilidad civil”: numerosos auto-

---

en el orden general es tender a un bien mayor. Cuando se producen supuestos de daños en los no puede restablecerse el orden por medio de la reparación; o se afecta a un grupo tan grande que la indemnización en modo alguno logrará saciar el interés individual de todos y cada uno de ellos (suponiendo que tengan acceso a las vías pertinentes para exigirla), el bienestar social se quiebra. La prevención es la herramienta que tiene la responsabilidad civil para atender al interés del grupo afectado por las situaciones dañosas, los cuales podrán ejercer por medio de una vía anticipada la tutela de sus intereses vitales, ahorrándose así una herida incurable en la conciencia colectiva que agrupa cada una de sus individualidades. (PERDÍA, Natali, “La responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS2015-IX, 26)

<sup>15</sup> SEMA, José Ignacio, “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal”, DJ16/09/2015, 1.

res han sostenido que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un evento dañoso cumplía una doble función: reparadora y preventiva.

La indemnización de daños y perjuicios cumple una función resarcitoria o reparadora en cuanto la víctima obtiene un paliativo al daño que ha sufrido, ya sea en especie o en dinero, intentando volver las cosas a su anterior estado. Sin embargo, esa indemnización, al mismo tiempo, desempeñaría una función preventiva, en cuanto los sujetos, presionados psicológicamente con esa “sanción”, se comportarían, de tal modo, que su conducta se desarrollara con el cuidado necesario para no causar daños a terceros.<sup>16</sup>

Messina de Estrella Gutiérrez señala que el rol normativo de la responsabilidad se manifiesta, en principio, como una incitación a evitar comportamientos socialmente reprobables, expresando que muchos autores reconocen en la responsabilidad civil un medio de disuasión de comportamientos antisociales nocivos a la sociedad, y le asignan a ese papel un sentido general; es cuestionable si esa función tiene eficacia real en el plano individual, es decir, con relación al sujeto que causó el daño, porque la mayoría de los accidentes se producen por el uso de cosas peligrosas y entonces los efectos son casi siempre imputables al azar o a la imperfección técnica de los objetos o a las dificultades del hombre para conocer sus mecanismos. En cambio, las condenas civiles, aunque sean individuales, pronunciadas en sentencias sobre responsabilidad profesional, conservan un efecto disuasivo real aunque ellas sean garantizadas por un seguro. La acción de responsabilidad civil aparece como el medio para la afirmación de ciertos derechos, un medio de compeler, de perfeccionar y de renovar el sistema jurídico existente. Dentro de esa función, es evidente que no puede ser suplida por los procesos de socialización directa de riesgos que de ninguna manera pueden jugar aquel rol.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, Tomo 4, Bs. As., Hammurabi, 1.999, pág. 424 y sgtes.

Vergara indica que el hecho de que la responsabilidad civil ordene bajo determinados requisitos la reparación del daño implica la puesta en marcha de un orden coactivo: ante tal situación un sujeto es condenado (sancionado) a pagar o hacer algo y como para este sujeto dicha condena implica una situación desventajosa, todo indica que querrá racionalmente evitarla, es decir intentará prevenir de transitar algo que no le conviene. De manera que existe una relación entre la sanción y la prevención. La idea es clara en la medida que se sancionen ciertas violaciones, dichas sanciones pueden funcionar como incentivos para tomar precauciones.<sup>18</sup>

Acciarri señala que esta noción de prevención general se refiere, en definitiva, a los casos en los cuales la prevención surge de la decisión del propio autor de la conducta potencialmente riesgosa. El efecto disuasivo de las normas tradicionales de responsabilidad civil constituye una instancia clara de este tipo de prevención: ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona puede decidir si prefiere colocarse en esa situación o adoptar las medidas de prevención que a la vez, reducirán la probabilidad de causar ese daño (o su magnitud en caso de acontecer), y la probabilidad correlativa de ser condenado al pago de la indemnización correspondiente (o su magnitud). En este orden de ideas es posible afirmar que el sistema de responsabilidad civil genera incentivos para prevenir, cuando determina un deber de resarcir. Desde este punto de vista, la función-relación resarcitoria, será instrumental a la función-relación preventiva.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y Prospectiva", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1.997, pág. 213 y sgtes.

<sup>18</sup> VERGARA, Leandro, "La prevención en el Derecho de la Responsabilidad Civil", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, N° VI, Noviembre-diciembre de 2.003, Buenos Aires, La Ley, 2.003, pág. 13 y sgtes., en especial, pág. 14.

<sup>19</sup> ACCIARRI, Hugo A., "Funciones del derecho de daños y de prevención", LA LEY 2013 - A, 717.

Destacamos que, en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil, Capítulo 10. “Indemnización”, “Sección 1. Indemnización en general”, el art. Art. 10:101 regula la naturaleza y objeto de la indemnización, de este modo: “La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño”.

Desde esta perspectiva, la fijación de una indemnización de daños y perjuicios cumple una función reparadora y, al propio tiempo, disuasoria de conductas semejantes, tal como lo planteaban las teorías de la justificación de las penas, provenientes del Derecho Penal; en este último sentido, puede hablarse de una función preventiva indirecta, cuestión que se ha visto revitalizada de particular manera con la propuesta de la teoría de los daños punitivos, además de la función sancionadora implícita en esta noción.

El polémico tema de las multas civiles, daños punitivos, etc., comienza con la denominación misma; propone la aplicación, en ciertos supuestos, de penas privadas por encima de los valores que se fijan en carácter de indemnización de daños y perjuicios, destinándolas ya sea al propio damnificado, al Estado o a organismos de bien público. Justamente, esta pena privada está íntimamente asociada a la prevención indirecta, en cuanto se busca la evitación o prevención de ciertas inconductas futuras, que pueden ocasionar daños, como puede ser el caso del daño ambiental, daños a los consumidores, etc.<sup>20</sup>

Sin embargo, la prevención del daño comprende otro aspecto que supera la finalidad preventiva desde el punto de vista psicoló-

---

<sup>20</sup> Puede verse para este tema: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de Daños. Tomo 4, Presupuestos y límites del Derecho de Daños”, Bs. As., Hammurabi, 1.999, pág. 571 y sgtes; PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, “Instituciones de Derecho Privado- Obligaciones”, Buenos Aires, Hammurabi, 2.000, Tomo 3, pág. 245 y sgtes., y bibliografía allí citada.

gico descripto precedentemente; aparece otro aspecto que suele denominarse función preventiva directa, y que consiste en desplegar conductas positivas en aras de la evitación de la producción del perjuicio o de su agravamiento, si ya se ha producido.

No está demás acotar que la escuela del Análisis económico del Derecho asigna a la responsabilidad civil las siguientes funciones: 1. La reducción de los costos primarios que pudieran ocurrir. Para esto se obliga al potencial causante de los daños que asuma los costos económicos, liberando a la víctima de asumirlos. Así, el potencial causante recibe incentivos para tomar precauciones para evitar asumir el costo de los daños; 2. El otorgamiento de la debida compensación a las víctimas mediante la reducción de los costos secundarios derivados de los daños ya ocurridos. Estos costos se minimizan mediante el traslado del peso económico a quienes disfrutaban de una mejor situación patrimonial para soportar el peso económico y la distribución social del costo de los daños por un sistema de precios o de seguros; 3. La reducción de los costos terciarios los cuales son derivados de los errores e ineficiencias del sistema de responsabilidad civil.<sup>21</sup>

La prevención específica difiere de la general en punto al sujeto que puede tomar la decisión de prevenir. En la prevención general, será el autor potencial de la actividad susceptible de causar un daño; en la específica, será un funcionario estatal. Será el juez o un funcionario administrativo, quien decidirá la posibilidad de realización o la continuidad, de una actividad potencialmente dañosa. La tutela inhibitoria es un vehículo típico de este efecto preventivo, de actuación judicial. Clausuras administrativas, secuestro de vehículos, órdenes de demolición de construcciones, son fuentes representativas de ese mismo efecto preventivo, pero generado por vías administrativas.[22]

---

<sup>21</sup> MORALES HERVÍAS, Rómulo, “Responsabilidad civil y Análisis Económico del Derecho”, en “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, Buenos Aires, La ley, Año III, N° 4, Julio- Agosto de 2.001, pág. 24 y 25.

<sup>22</sup> ACCIARRI, Hugo A., “Funciones del derecho de daños y de prevención”, LA LEY 2013 – A, 717.

#### IV. La consagración normativa de la función preventiva de la Responsabilidad Civil

La función preventiva de la responsabilidad caracteriza uno de los actuales perfiles de esta “rama” de la ciencia jurídica, que, en este sentido, ha sido redefinida como el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas y los bienes.<sup>23</sup>

El uso común de las palabras no solo se emplea en el lenguaje ordinario, sino también en el llamado lenguaje técnico o científico, lo que también resulta aplicable a la ciencia jurídica. Más allá de que todos conocemos aquello de que es preferible prevenir que curar, el significado de la palabra prevención en cualquier diccionario nos indica la siguiente idea: “Acción e efecto de prevenir. Conjunto de disposiciones tomadas para evitar un riesgo”. Y si buscamos el verbo prevenir, encontramos lo siguiente: “Preparar, disponer con anticipación las cosas necesarias para lograr un objetivo. Conocer de antemano un perjuicio o daño. Evitar, estorbar o impedir. Informar, advertir, alertar. Afrontar una dificultad. Instruir las primeras diligencias para asegurar los resultados de un juicio. Prepararse por adelantado. Mostrarse a la defensiva”<sup>24</sup>

En este entendimiento, el art. 1.710 del Código impone el deber de prevención de los daños, diciendo que “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, “Derecho de Daños. Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales”, Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 721.

<sup>24</sup> Voces “Prevención” y “Prevenir”. Diccionario Enciclopédico “Marred”, España, 1998, Trébol S.L.,

le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo”.<sup>25</sup>

Genéricamente, este artículo coloca sobre toda persona el deber de adoptar conductas tendientes a la evitación de los perjuicios, siempre que esa conducta dependa de ella; este condicionamiento de la norma implica analizar las circunstancias de cada caso particular para inducir la existencia de dicho deber de prevención, cuidando el intérprete de no exigir el despliegue de conductas heroicas, sino en la medida en que razonablemente la conducta preventiva del perjuicio haya dependido del sujeto.

Como se destaca en los Fundamentos del Anteproyecto, la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> El art. 1.585 del Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio de 1998 disponía: “Prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido”. (Puede consultarse: ALTERINI, Atilio Aníbal, “Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil de 1998”, LA LEY 1999-C, 860 y sgs.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad”, LA LEY 1999-C, 877)

<sup>26</sup> PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, Tomo 3, pág. 239/240. Cabe citar que el art. 1.549 del Proyecto de Unificación de la Legislación civil y comercial de la Comisión creada por

Galdós advierte que el deber general de acción u omisión se centra en evitar o impedir el daño futuro, hacer cesar el daño actual, disminuir la magnitud y disminuir la extensión de las consecuencias del daño que comenzó a producirse; entiende que la magnitud del daño se relaciona con el aspecto cualitativo (la entidad o medida del perjuicio) y la extensión al tiempo, o a su prolongación, por lo que advierte que la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de evitación de la dañosidad.<sup>27</sup>

El inc. a) del artículo comienza por precisar que toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado; dicho en otros términos, no existe tal deber si la producción de un daño encuentra como fundamento una causa de justificación, como sería, por ejemplo, la legítima defensa o el estado de necesidad o el ejercicio regular de un derecho, que el propio Código regula en el art. 1.718.

En el Nuevo Código, toda acción u omisión que causa un daño se considera antijurídica, si no concurre una causa de justificación que prive a la acción u omisión de antijuridicidad.

El supuesto consagrado en el inciso a) del artículo 1.710 parece ser la contracara del deber genérico de no dañar, que pesa indeterminadamente sobre todos los miembros de la comunidad, con sustento último en el art. 19 de la Constitución Nacional. Así como pesa sobre toda persona el deber de no dañar a los demás, pesa, de igual modo, el deber de evitar conductas perjudiciales.

Destacamos que como requisito de procedencia de una acción preventiva, debe darse como requisito ineludible la antijuridicidad de la acción u omisión que amenaza la producción del daño o su agravamiento. Para reclamar la evitación de un daño que amenaza

---

el decreto 468 del 26/3/92 disponía: "La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código. Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales. Las asociaciones representativas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto."

<sup>27</sup> GALDÓS, Jorge Mario, "La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto", LA LEY 11/06/2012, 1.

o la no prosecución de daños ya iniciados, es menester que la conducta que genera esos riesgos se despliegue sin derecho o contra derecho. Por ejemplo, solo cabe condenar a paralizar el funcionamiento de una empresa o de una actividad, si el peligro de perjuicio se encuentra jurídicamente prohibido, por atentar contra intereses prevalecientes de las víctimas potenciales.<sup>28</sup>

El inc. b) impone el deber de adoptar medidas razonables tendientes a la evitación o el agravamiento de un daño, conforme a la buena fe; está claro que esta configura un principio general del derecho, en tanto el Código en su art. 9, en el Título Preliminar, Capítulo 3°, establece que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, superando la actual normativa que, de modo general, contempla la buena fe en el art. 1.198 para la celebración, la ejecución y la interpretación de los contratos.

Además, se precisa que si las medidas de prevención logran evitar el daño producido por un tercero y del cual este sería responsable, quien adopte las medidas en cuestión podría reclamar de este tercero el reembolso de los gastos realizados en dicha actuación, siguiendo los principios del enriquecimiento sin causa, que, en el Código, está regulado en el art. 1.794 y 1.795.<sup>29</sup>

De este modo, se consagra un deber de diligencia que pesa sobre toda persona, exigiéndose que la conducta se adecúe a lo dispuesto por el art. 1.724 que, en su parte pertinente establece que “la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la natu-

---

<sup>28</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de Daños, Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, op. cit., Tomo 4, págs. 320 y 321.

<sup>29</sup> Mientras el art. 1.794 del Código dispone: “Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”, el art. 1.795 dice: “Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido”.

raleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”. Al respecto, debe apuntarse que el art. 1725 del Código dispone que “cuanto mayor sea el deber de cobrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”.

Por último, el inc. c) impone no agravar el daño si este ya se produjo, por lo que es dable extraer que el daño no solo debe evitarse en su producción, sino que, además, debe ser evitado en su agravamiento.

A diferencia del deber general de no dañar que pesa sobre todos indeterminadamente, el deber de evitación, en cambio, solo recae en aquellos casos en que es exigible el deber de previsibilidad de una acción propia o de quien esté al alcance del sujeto sobre quien pesa o de las cosas que emplea o de que se sirve, generalizándose respecto a estas en el deber de cuidarlas, pero, para evitar el daño. El deber de impedir la consumación puede cumplirse mediante actos positivos (acciones) o negativos (omisiones) dependiendo de las concretas situaciones por las que atraviesa el sujeto actuante.<sup>30</sup>

En todo el sistema normativo relativo al Derecho de Daños, subyace un “deber” de la propia víctima de “mitigar o atenuar el daño sufrido”. Este “deber” exige al acreedor del resarcimiento la adopción de todas aquellas medidas que, atendidas las circunstancias del caso, se estimen razonables para evitar o paliar la propagación de las consecuencias del daño causado.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> PADILLA, René, “Sistema de la responsabilidad civil”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág. 93 y 94.

<sup>31</sup> El llamado “duty of mitigation” o “duty of plaintiff to minimise damage” constituye un criterio esencial para la determinación de la extensión cuantitativa del resarcimiento. En el derecho angloamericano, este criterio de delimitación cuantitativa de la indemnización se funda no solo en el carácter compensatorio o resarcitorio y no punitivo de la indemnización, sino en razones de política socio-económica; estas exigen la promoción del uso cuidadoso de los recursos desincentivando, con la exclusión del

Zavala de González afirma que, así como no existe un derecho de perjudicar injustamente, el damnificado soporta la carga, como imperativo del propio interés de desplegar las diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento del perjuicio. El hecho de la víctima puede atenuar la obligación resarcitoria no solo cuando es concausa del daño, sino también cuando no elimina o no disminuye el daño imputable a otro, si estas omisiones sobrevinientes coadyuvan a desenvolver el perjuicio inicial. Es jurídicamente relevante la conducta del damnificado que con ulterioridad al daño originario, guarda una injustificada pasividad sin intentar medidas razonables para paliarlo.<sup>32</sup>

Como destaca Camps, en materia de prevención, la incorporación de pautas procesales en el código encuentra como finalidad la eficacia de los institutos de derecho común potenciada: tal es la consecuencia de la constitucionalización del derecho procesal civil y comercial, efecto que deriva necesariamente de la constitucionalización del derecho civil y comercial al que se encuentra vinculado. Con la unificación del derecho privado se completa un ciclo iniciado con la aludida reforma constitucional del año 1994: allí ingresaron con expreso rango supralegal los derechos y garantías

---

resarcimiento, que el agraviado sufra pasivamente una pérdida que puede ser evitada con un esfuerzo razonable. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sentencia del 18/9/2.001, expte. N° 70.409 “Departamento Gral. de Irrigación en j° 134.402 Nadal Nicolau, Carlos Alberto c/ Dpto. Gral. de Irrigación p/D. y P. s/Inc. Cas.”).

<sup>32</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de Daños”, op. cit., Tomo 4, pág. 292. Puede verse: VENINI, Juan Carlos, “El deber de la víctima de mitigar el daño”, en Revista de Derecho de Daños, 2.008 – 2, “Prevención del daño”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 81 y sgtes. Cabe decir que el Proyecto dispone en el art. 1729: “Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.

provenientes de una nutrida nómina de tratados de derechos humanos. Ahora, con la sanción del Código Civil y Comercial, esa misma materia constitucional enriquecida con los derechos de los tratados aludidos se vuelca en su totalidad en el derecho privado argentino.<sup>33</sup>

## **V. Los presupuestos de la acción preventiva de daños y algunas cuestiones procesales involucradas en la materia**

El Código regula la llamada acción preventiva en el art. 1711 del siguiente modo: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”<sup>34</sup>

En los Fundamentos del Anteproyecto, se expresa que “la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir...”

---

<sup>33</sup> CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 3 - RCyS2015-XI, 12.

<sup>34</sup> El art. 1.032 del Código, luego de tratar la suspensión del cumplimiento del contrato, regula la llamada tutela preventiva: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán, se sostuvo que “el deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento”.

Aparte de la autoría, la nueva norma, y como ya adelantáramos, requiere, además, la antijuridicidad de la acción o la omisión que ha generado el peligro de daño. Este recaudo viene a funcionar como una garantía toda vez que solo se dirigirá una acción preventiva limitativa de la libertad del sujeto a quien va destinada, siempre que su conducta resulte antijurídica en orden a la producción de un eventual perjuicio.<sup>35</sup>

Además, se exige que esa actividad antijurídica cree la posibilidad previsiblemente evaluada de que se cause o de que se continúe causando un perjuicio<sup>36</sup>; debe establecerse una relación de causalidad entre la acción u omisión antijurídica y el daño que pretende evitarse, sea en su acaecimiento o en su agravamiento.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Explica Ordoqui Castilla que esta antijuridicidad está en la injusticia de la amenaza de daño, lo que se debe valorar sustancialmente y no en forma meramente formal; se asume aquí el concepto de antijuridicidad o ilicitud no solo formal (trasgresión de la norma) sino que se sigue un criterio material en la medida que el derecho es algo más que la ley, abarcando la posible trasgresión de principios generales, la moral, las buenas costumbres. El daño en sí no es injusto sino que lo que lo califica es la conducta que lo determina. Además, la injusticia del daño no presupone la ilicitud del hecho que lo determina. El daño se debe considerar en forma abstracta en relación a la situación del que lo sufre, de allí el concepto de daño; un daño causado en forma lícita puede ser injusto para el que lo padece e igual justificar una reparación. (ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Prevención del daño y su tutela inhibitoria”, RCyS2010-IV, 3)

<sup>36</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, RCyS 1999, pág. 2.

<sup>37</sup> ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Prevención del daño y su tutela inhibitoria”, RCyS2010-IV, 3 y sptes.

En cuanto a la previsibilidad del daño, de que habla el art. 1711 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se entiende que por las máximas de la experiencia y proyecciones estimativas respaldadas en lo que normalmente ocurre, se puede llegar a determinar en ciertos casos un peligro inminente de daño cierto. La factibilidad o probabilidad cierta debe ser cabalmente fundada y en ello forma un daño que debe prevenirse. La posibilidad razonable opera no solo en la relación causal para su determinación sino en la determinación misma del peligro como daño cierto en determinados casos. El estudio de probabilidad adelanta lo que puede ocurrir, anticipando dentro de la lógica y lo razonable, un resultado. La previsibilidad exigida es, en principio, la media tanto para las hipótesis de vínculo negocial como extracontractual y se relaciona con la causalidad adecuada (arts. 1725/8).<sup>38</sup>

El artículo comentado no exige, en cambio, la concurrencia de un factor de atribución, subjetivo ni objetivo, para generar la responsabilidad preventiva. La conclusión de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en setiembre de 2011, fue, en este punto: "En la acción preventiva no es aplicable la noción de factor de atribución"; en disidencia, se propuso: "La imposición de un deber de prevención a un sujeto de derecho privado debe reposar en una razón o fundamento axiológico que justifique, adecuadamente, que la prevención de riesgo de daño sea asumida por un particular".

Camps entiende que debió haber dicho que no es necesaria la demostración de un factor subjetivo de atribución (dolo o culpa). Basta, entonces, con evidenciar el supuesto de hecho que aprehende la norma (una acción u omisión antijurídica que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento) para que pueda plantearse en justicia el pedido de adopción de medidas preventivas o bien que se limiten las consecuencias del daño en curso. Por otro lado lo que la ley busca es que la prevención sea rápida y eficaz. Exigir la demostración de la culpa de alguien, llevaría en mu-

---

<sup>38</sup> BESTANI, Adriana, "Acción preventiva y "omisión precautoria" en el nuevo Código Civil y Comercial", RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 111.

chos casos a la esterilización de las buenas intenciones del remedio propuesto. Si el peticionante es arriesgado responderá, como en todos los casos, por el abuso de la medida cautelar solicitada. Por otro lado, el Juez aplicará el código de rito y exigirá la correspondiente contracautela, con lo que se despeja bastante el riesgo de acciones preventivas aventuradas.<sup>39</sup>

Picasso y Sáenz postulan que la norma prevé una particularidad de la acción preventiva que la diferencia sustancialmente del proceso resarcitorio clásico. En efecto, para la procedencia de la demanda tendiente a evitar que el daño se produzca no será preciso que se encuentre configurado un factor de atribución. Es que, en este tipo de acciones, es muy común que la pretensión se dirija a detener una conducta que aún no ha comenzado a realizarse, por lo que difícilmente puede evaluarse si el factor de atribución se encuentra presente. Esta previsión cobra especial relevancia cuando el accionar del agente, para que surja el deber de resarcir el daño ya ocasionado, requiere la configuración de un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa).<sup>40</sup>

Para que opere una medida inhibitoria o de prevención ante un daño inminente es necesario que exista la posibilidad de detener la acción que la motivó. Así, cumpliendo la orden que imparta el juez, es posible evitar o hacer cesar el daño. Si el daño ya se causó, la medida provisional o inhibitoria no tiene sentido, a menos que se pretende evitar su agravamiento.<sup>41</sup>

Respecto de la legitimación activa, el art. 1712 establece que “están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

---

<sup>39</sup> CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 3 - RCyS2015-XI, 12.

<sup>40</sup> PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R., Comentario al art. 1.709, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación”, Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2.015, Tomo IV, pág. 421.

<sup>41</sup> ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Prevención del daño y su tutela inhibitoria”, RCyS2010-IV, 3 y sgtes.

Desde la doctrina, ya se anticipaba que, a los fines de la procedencia de la tutela inhibitoria contra daños, debía demostrarse que el perjuicio afecta un interés y que este puede surgir de la existencia de un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, en el caso de la titularidad individual, siendo también procedente cuando se invoque una titularidad difusa o colectiva en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.<sup>42</sup>

Dentro de los derechos de incidencia colectiva, el art. 43 de la Constitución Nacional menciona expresamente los de no sufrir discriminaciones y la protección del ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor.<sup>43</sup>

A los efectos de evaluar la legitimación, el Código propone una fórmula flexible: que el peticionante tenga un “interés razonable”; en este sentido, la conclusión de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, precisamente, fue: “Están legitimados activamente para obrar todos aquellos que acrediten un interés mínimo pero razonable, individual o colectivo”.

Al respecto, cabe apuntar que irrazonable es aquello que carece de razón, no razonable; para definir a la razón, justicia, rectitud en las operaciones o derecho para ejecutarlas. Razonable: “Es lo arreglado, justo, conforme a razón. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente”, todo lo cual puede ser resumido, con arreglo a lo que dice el sentido común.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, “La tutela civil inhibitoria”, op. cit., pág. 1223.

<sup>43</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, op. cit., pág. 4; NICOLAU Noemí Lidia, “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, LA LEY 1.996 – A, 1.250)

<sup>44</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La razonabilidad en el Derecho de las Obligaciones”, en “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana”, Oscar Ameal (Director), Silvia Y. Tanzi (Coordinadora), Buenos Aires, Depalma, 2001, pág. 429 y sgtes.

Para Baracat, el nuevo texto legal no habla de interés directo o indirecto. Simplemente introduce el concepto de "interés razonable" y tendrá que ser el magistrado a través del criterio de la sana crítica quién deberá determinar en cada caso concreto si el peticionante ostenta el citado interés. En su entendimiento, la noción alude a una relación de riesgo o amenaza mensurable con relación al sujeto peticionante, situación de hecho expuesta como causa "petendi" y el sujeto activo de la antijuridicidad y/o destinatario de la medida preventiva. No es posible requerir una tutela inhibitoria que aun cuando tienda a evitar un ilícito, acabe causando un daño excesivo al demandado.<sup>45</sup>

Más allá de la amplia legitimación activa regulada en la norma, no debe perderse de vista que es un requisito primordial, no ya de la acción preventiva, sino del proceso judicial en general, que quien promueva la acción plantee un caso concreto, es decir, que el interesado deberá demostrar que persigue la determinación del derecho debatido, y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia. Por ende, en la acción preventiva debe demostrarse que quien acciona es titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, o que cuenta con legitimación suficiente para tutelar un interés difuso determinado, como así también que existe una amenaza cierta de que se produzca un daño ilegítimo.<sup>46</sup>

El art. 1713 regula la sentencia en la acción preventiva en estos términos: "La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> BARACAT, Edgar J., "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial", LA LEY 13/07/2015, 1.

<sup>46</sup> PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R., Comentario al art. 1.709, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (Directores), "Código Civil y Comercial de la Nación", Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo IV, pág. 421 y 422.

Es importante que el Código admita, desde el Derecho sustancial, la facultad de los jueces de disponer oficiosamente medidas de prevención de daños, de modo que ya no serán viables los cuestionamientos a sentencias de este tenor por una eventual violación al principio de congruencia procesal.

La norma se refiere a las facultades del juez que interviene en la acción preventiva para evitar que concrete el perjuicio en cabeza de la víctima. A tal fin, la disposición confiere un amplio poder a los magistrados para adoptar las medidas que resulten más apropiadas, y se aparta del principio dispositivo que, en general, rige en el derecho privado.<sup>48</sup>

La resolución judicial que admita una medida de prevención puede tener lugar en forma definitiva o provisoria, lo que quiere decir que es posible la existencia de una tutela inhibitoria definitiva que tramite por vía de proceso ordinario y otra cautelar, que tiene una función anticipatoria o precautoria de la primera, según los casos.

La tutela inhibitoria admite una acción definitiva y otra cautelar que se diferencian, precisamente, por su instrumentación procesal:

---

<sup>47</sup> Conforme a los fundamentos del Anteproyecto, “se delimitan los siguientes criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquellos en que es provisoria; b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten; d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio”.

<sup>48</sup> PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R., Comentario al art. 1.709, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación”, Tomo IV, Buenos Aires, Infojus, 2.015, Tomo IV, pág. 421.

las separa el procedimiento aplicable; la vía cautelar no admite un amplio debate de cuestiones (conocimiento limitado) y su característica saliente está dada por el recaudo de la urgencia, la brevedad temporal.

En cambio, la tutela final está vinculada no tanto con el peligro en la demora sino con la amenaza de daño; de manera que se puede discernir entre un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso, que autoriza la cautelar, y otro derivado del hecho ilícito. En este último supuesto, el tiempo del proceso no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final.

Dentro del género de la tutela inhibitoria, tanto la definitiva como la cautelar están unidas por la finalidad preventiva; para tales fines, ambas admiten una concretización mediante mandatos de innovar y de no innovar.<sup>49</sup>

No obstante estas precisiones, lo cierto es que el Código no menciona vías procesales en particular, de manera que la consagración amplia de tutela definitiva o provisoria habilita a encuadrar las diversas situaciones sea en las medidas cautelares clásicas, en las medidas autosatisfactivas o en las medidas anticipatorias o tutela anticipada.<sup>50</sup>

La cuestión de la tutela inhibitoria se vincula básicamente con la salvaguarda y protección de los derechos, e involucra la construcción de un procedimiento autónomo capaz de garantizar la prestación de una tutela susceptible de inhibir la práctica, la repetición o la continuación del evento dañoso; en este sentido, la tutela sustancial inhibitoria tiene como objeto directo la prevención del daño

---

<sup>49</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, "La tutela civil inhibitoria", op. cit., pág. 1.223.

<sup>50</sup> La XIII Conferencia Nacional de Abogados celebradas en abril de 2000 en San Salvador de Jujuy se sostuvo: "La tutela inhibitoria es un eficaz medio de evitación, tanto desde el derecho sustancial como desde el procedimental. Tiene sustento constitucional (art. 43, Constitución Nacional), puede aplicarse tanto a las partes en un juicio como a un tercero, consistiendo en una orden de hacer o de abstenerse. Más allá de su reconocimiento de lege ferenda, son numerosos los supuestos existentes de lege lata."

mediante una orden para impedir que se cause, en caso de amenaza de lesión, o bien, para que cese su producción, si la actividad no se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración.<sup>51</sup>

El contenido de la resolución preventiva puede ser una obligación de dar, de hacer o de no hacer, según las circunstancias de cada caso.

El principio general de prevención es inherente a cualquier ordenamiento jurídico preocupado por garantizar efectivamente el pleno ejercicio de los derechos y se vincula, por tanto, de manera directa, con el acceso a la justicia, consagrado, en el derecho argentino, en el art. 18 de la Constitución Nacional.<sup>52</sup>

Vale destacar que el artículo se encarga de especificar que el juez debe ponderar los criterios de “menor restricción posible” y de “medio más idóneo” para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad; nuevamente, aparece, en este punto, de la regulación proyectada la necesidad de prudencia en la medida preventiva que se adopte, que obliga al juzgador a efectuar un juicio de ponderación o balance de los derechos o intereses en pugna, mensurando los criterios mencionados en pos de la consecución del objetivo propuesto, y puntualmente, de los límites que necesariamente deben evaluarse en la adopción de medidas de esta naturaleza.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 1999, pág. 2. Lorenzetti, por su parte, sostiene que “la tutela resarcitoria consiste en la indemnización del perjuicio sufrido ya sea in natura o mediante una compensación monetaria. (Art. 1.083Cód. Civil) En este caso, el concepto de acción procesal se identifica con el momento patológico de la violación del derecho sustantivo. De tal modo está condicionada a la deducción en juicio de una pretensión basada en la prueba de la fattispecie descripta en la norma de fondo, esto es, de la prueba del perjuicio. La tutela inhibitoria, en cambio, tiene finalidad preventiva. El elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro, es la amenaza de violación.” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “La tutela civil inhibitoria”, *LA LEY* 1995 – C, pág. 1217 y sgtes.)

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito.”, *ED* 186, pág. 1127.

Siguiendo a Tolosa, decimos que, para evaluar la procedencia de la medida preventiva según los criterios de "menor restricción posible" y "medio más idóneo", el juez deberá considerar las circunstancias empíricas relevantes en cada caso. Dicha evaluación debería implicar dos instancias: por un lado, analizar en qué tipo de casos será preferible optar por la acción preventiva. Es decir, si no estamos dispuestos a eliminar los riesgos completamente y, por el contrario, aceptamos que cierto nivel de calidad de vida en una sociedad implica tolerar algunos, la acción preventiva no procederá para evitar cualquier daño. Por otro lado, el juez deberá evaluar cuál es la mejor alternativa disponible, y la menos costosa, para exigir prevenir el daño o su agravación en el caso concreto: cuál será el contenido de la obligación de hacer, dar o no hacer que imponga.<sup>54</sup>

## VI. La prevención del daño en la jurisprudencia reciente

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, un menor, que formaba parte de un equipo de fútbol de un club y que participaba de un torneo, sufrió un accidente dentro de una asociación deportiva en la cual se desarrollaba la competencia. A raíz del hecho, perdió dos falanges de uno de sus dedos. Su madre, por sí y en su representación, inició demanda de daños contra su entrenador y las dos entidades organizadoras del evento. El juez le hizo lugar parcialmente. La Cámara aumentó los rubros indemnizatorios por incapacidad sobreviniente y daño moral y dictó un mandato preventivo a fin de constatar el estado actual de la cosa productora del daño.

La Cámara enfatiza que "un club de fútbol en el que se desarrolló una competencia deportiva debe responder, en los términos del

---

[53] BARACAT, Edgar J., "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial", LA LEY 13/07/2015, 1.

[54] TOLOSA, Pamela, "Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial", RCyS 2012 - XII, 14.

art. 1113 del Código Civil, por las lesiones que sufrió un menor en su mano cuando entró en contacto con la parte abisagrada de una puerta —en el caso, perdió dos falanges de uno de sus dedos—, ya que, tratándose de una cosa riesgosa, debió contar con elementos de seguridad para prevenir que causara daños, máxime cuando la presencia de menores en el evento obligaba a extremar los cuidados”.

En lo que aquí interesa, dispuso un mandato preventivo de oficio: “A fin de evitar la repetición de eventos dañosos que pudiere ocasionar la puerta baranda ubicada dentro de una asociación deportiva, corresponde ordenar que se constate su estado actual, vía reconocimiento judicial y que, de advertirse la presencia de potencialidad dañosa, se oficie a la autoridad administrativa para que adopte y ejecute las medidas que tendientes a prevenir futuros perjuicios”; en definitiva, concluye: “Constatada como lo fuera la omisión antijurídica consistente en la falta de medidas de seguridad que tornó riesgosa la operatividad de la puerta-baranda y productora de las lesiones que sufriera el niño, y la amenaza de repetición del evento, desde que no hay prueba sobre su inmovilización total y definitiva, imponen al suscripto a proponer a mi distinguida colega el dictado de un mandato preventivo atípico que consistirá en: 1) ordenar que se constate el estado actual de la cosa productora del daño, vía reconocimiento judicial a practicarse en la instancia de origen (arts. 477 inc. 1 y 478 del CPC). Se aclara que queda descartada la viabilidad de un mandamiento de constatación ante la inhabilitación que emana del art. 203 del Acuerdo N° 3397/08 de la SCBA para encomendar la misión al Oficial de Justicia; 2) de advertirse la presencia de potencialidad dañosa en la operatividad de la mentada puerta-baranda, el “a quo” oficiará a la autoridad administrativa correspondiente, esto es la Municipalidad de General Pueyrredón, para que tome conocimiento efectivo del estado de cosas existente y, conforme el marco de la competencia, facultades, atribuciones y deberes de la Dirección de Inspección General o quien conforme la estructura administrativa del municipio deba intervenir, adopte y ejecute -si correspondiere- las medidas que procuren evitar la reiteración de accidentes como el que se juzga en autos”<sup>55</sup>

En un interesante planteo, una mujer, en su carácter de madre de un niño de 13 años y en nombre de todos los niños y jóvenes del Departamento de Río Segundo interpuso una acción innominada individual y colectiva a fin de que se tomen las medidas necesarias para que cese la situación de riesgo en la que se encuentran aquéllos a raíz de la venta y facilitación de bebidas alcohólicas que se produce en ese lugar.

El juez hizo lugar a la acción y exhortó a las familias a que cumplan con el art. 25 de la Constitución provincial en lo que respecta a la prevención de la ingesta en el ámbito privado. Asimismo, exhortó a la policía local a que realice los debidos controles de alcoholemia y a los intendentes a fin de que reglamenten el control de las fiestas convocadas por redes sociales e instrumenten las medidas necesarias para que se cumplan las normas que prohíben la ingesta, venta y expendio a menores. Por último, solicitó a las escuelas que incorporen en su currícula las medidas preventivas necesarias e hizo saber a los comerciantes, operadores nocturnos y de lugares de esparcimiento que deben dar cumplimiento a las normas al respecto.

El Juez argumentó que “la acción de clase intentada por una madre de un niño de 13 años a fin de que se tomen las medidas necesarias para que cese la situación de riesgo en la que se encuentra su hijo y todos los niños y jóvenes del lugar por el consumo de alcohol debe admitirse y, en consecuencia, exhortar a las familias — en el caso, se ordenó un trabajo mancomunado junto a las escuelas, comerciantes y policía provincial y municipal— a que cumplan con el art. 25 de la Constitución provincial en lo relativo a la prevención de la ingesta en el ámbito privado y en las “previas” en sus domicilios particulares, pues los padres son responsables moral y civilmente ya no solo de sus hijos sino de todos aquellos que se alcoholicen en sus viviendas” y que “admitida la acción de clase interpuesta por la madre de un niño de 13 años a fin de que se tomen

---

<sup>55</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 09/05/2013, “G., G. D. c. Club Atlético Once Unidos y otros”, RCyS 2013-VIII, 117, con nota de Pablo C. Barbieri.

las medidas necesarias para que cese la situación de riesgo en la que se encuentra su hijo y todos los niños y jóvenes de la localidad por el consumo de alcohol, debe exhortarse a la Policía provincial a que realice los debidos controles de alcoholemia, junto con el SeNAF, como así también a los intendentes para que reglamenten el control en las fiestas convocadas por redes sociales e instrumenten, en sus territorios, las medidas necesarias para cumplir con las normas que prohíben la ingesta, venta y expendio de alcohol a menores, todo ello por su responsabilidad subsidiaria en el tema y en ejercicio de su poder de policía, provincial y municipal respectivamente” y que “debe hacerse saber a los comerciantes, supermercadistas, servicios de catering, operadores nocturnos y de lugares de esparcimiento que deben dar cumplimiento a las normas que vedan la venta de alcohol a jóvenes, bajo apercibimiento de ley —en forma mancomunada junto a las familias, escuelas y policía provincial y municipal—”, así como “solicitar a las escuelas que incorporen en su currícula las medidas preventivas, tanto para padres como para alumnos, que permitan internalizar la gravedad de la ingesta y su problemática, con la ayuda de las ONG destinadas a la prevención y control —en forma mancomunada junto a las familias, los comerciantes y la policía municipal y provincial—”.

Asimismo, precisó que “la acción deducida por una madre de un niño de 13 años a fin de que se tomen las medidas necesarias para que cese la situación de riesgo en la que se encuentra su hijo y todos los niños y jóvenes del Departamento a raíz del consumo de alcohol, configura una acción de clase, toda vez que el colectivo es un número indeterminado de víctimas cuyos derechos están siendo afectados por la omisión de sus responsables directos y por la acción omisiva del Estado en el control y prevención de sus hábitos nocivos, altamente perjudiciales para su salud”.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Juzgado de Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil y Faltas de la ciudad de Río Segundo, 03/10/2013, “R., S.”, Sup. Adm.2013 (noviembre), 20 - LA LEY2013-F, 220 - DFyP 2014 (enero), 69, con nota de Isabel Lucía Alem de Muttoni; Alberto Rodolfo Falcón.

En otro caso anterior a la entrada en vigencia del Nuevo Código, que mencionamos por el carácter del reclamo, el titular de la Unidad de Defensa Civil del Departamento Judicial de Mar del Plata y el titular de la Asesoría de Incapaces interpusieron medida cautelar genérica tendiente a obtener la reparación de desperfectos eléctricos y mejora de las condiciones edilicias del inmueble en el cual funciona una escuela especial. El Juzgado de Familia hizo lugar a la tutela peticionada, constatando que la clases habían sido suspendidas.

El Tribunal sostuvo que “la Dirección General de Cultura y Educación, el Consejo Escolar y la Dirección de Infraestructura de la Provincia de Buenos, deben arbitrar las medidas necesarias para reparar los caños, desagües y sanitarios en mal estado que afectan a una escuela especial en un plazo de 48hs a fin de restablecer la prestación de servicio educacional, bajo apercibimiento de fijar sanciones conminatorias a cargo de los funcionarios responsables”, que “la medida cautelar genérica —art. 232, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires— solicitada por el titular de la Unidad de Defensa de Mar del Plata y el titular de la Asesoría de Incapaces es procedente e implica una tutela anticipada, toda vez que la rotura del tablero eléctrico ubicado en una escuela diferencial que abastece a otros dos establecimientos, la rotura de cañerías en los baños y la falta de un termotanque, vulnera el derecho a la educación, al desarrollo y la integridad de los niños que concurren a dichas instituciones, al haberse suspendido el dictado de clases, siendo el Estado Provincial el responsable directo” y que “ante las malas condiciones edilicias de una escuela especial —avería de tablero eléctrico, cañerías y falta de agua— el Estado tiene obligación de responder ya que debe velar por los menores que padecen vulnerabilidades psíquicas y físicas, estando sus derechos amparados en la Convención Interamericana Para la Eliminación de Todas las Formas de Disminución contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 25.280”.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Juzgado de Familia Nro. 6 de Mar del Plata, 11/07/2014, “Barcus Melina Solange c. Dirección General de Cultura y Educación y otro/a s/ intereses difusos”, La Ley Online, AR/JUR/49807/2014.

En un caso resuelto por la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se admite la medida cautelar solicitada por el actor a fin de que se ordene al demandado a abstenerse de hacer referencia en cualquier medio de comunicación masiva en forma directa o indirecta a su persona vinculándolo a organizaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

En oportunidad de iniciar la acción, sostuvo que el legítimo derecho cuyo aseguramiento se persigue tiene su origen en las divulgaciones injuriosas de que fuera víctima y en virtud de las cuales se le ocasionaría un perjuicio a su honor, a cuyo efecto solicita en los términos del art. 232 del CPCyC, se decrete una medida cautelar genérica a fin de que se ordene al Sr. D'E., abstenerse de hacer referencia en cualquier medio de comunicación masiva en forma directa o indirecta a su persona vinculándolo a organizaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes. En el expediente "D., E. A. c. D'E., L. A. s/Daños y perjuicios", ya había recaído sentencia definitiva por la cual se condena a abonar al aquí demandado la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$150.000).

La Cámara concedió la medida solicitada, diciendo que "resulta procedente la medida cautelar a fin de que el demandado se abstenga a hacer referencia en cualquier medio de comunicación masiva en forma directa o indirecta vinculando al actor a organizaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes, ya que procura evitar el daño futuro e incierto que podría continuar generándose y eventualmente agravándose si no se admite una tutela inhibitoria".

En lo que aquí interesa, puntualizó que "el objeto preventivo no entorpece ni neutraliza el sistema. Al contrario, complementa, enriquece y se interrelaciona armónicamente con sus presupuestos y efectos. La prevención consolida y enlaza principios de libertad y responsabilidad, al delimitar lo permitido y lo prohibido. El art. 19 de la Constitución condensa esos axiomas básicos para la convivencia: una regla de libertad, en cuya virtud nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni puede ser privado de lo que ella no prohíbe, y otra de responsabilidad, según la cual quien daña a otros debe dar cuenta de sus actos. Resuenan las ideas tradicionales de que no hay libertad sin responsabilidad y de que el hombre es

libre precisamente porque es responsable. Se registra un tránsito axiológico, desde un individualismo exacerbado cuyo axioma era “dejar hacer” con tal que el daño se pague, hacia exigencias de solidaridad que imponen la reparación de daños injustos aunque deriven de comportamientos lícitos”.

Se agrega que “una de las características distintivas de la moderna teoría de la responsabilidad civil, es la de atribuirle una función de “prevención” del daño. Esta función se presenta como un complemento de las tradicionales vías “resarcitorias”, que actúan como respuestas al daño “ya” causado. Se ha dicho con razón que desde el punto de vista de la víctima la prevención del daño es preferible a su reparación, destacándose la necesidad de la tutela de los derechos por el procedimiento de evitar el daño, consagrándose los medios idóneos para ese fin”.

Dice además que “la indicada función preventiva adquiere un especial significado en materia de derechos personalísimos, debido a la particular relevancia de estos derechos y a la comprobación del carácter relativo y en general insuficiente del intento de reparación del daño (no siempre la condena a reparar el daño dará íntegra satisfacción a quien vio afectado su honor, su intimidad o su integridad física). De ahí que en la materia de los derechos personalísimos se perfila un criterio que postula una directiva amplia de prevención del daño. Diversas normas de derecho privado dan sustento a la tutela preventiva, siendo destacable el art. 1071 bis del Cód. Civil, que autoriza al juez para hacer cesar la conducta perturbadora en caso de atentados al derecho a la intimidad (ver también art. 79 ley 11.723, arts. 39 y 40 ley 21.541, etc.), propugnándose la extensión de las medidas de prevención a los otros derechos personalísimos.”

Sostiene que “a mayor abundamiento habremos de recordar que en esta materia el nuevo régimen legal no solo ha subsanado una omisión importante, sino que ha elaborado disposiciones acordes a lo que ya era materia de elaboración doctrinaria y jurisprudencial. El Capítulo 3 del Libro I legisla conjuntamente los “Derechos y actos personalísimos”. En lo que concierne al tema en análisis, en particular el art. 51 CCivCom. establece en forma genérica el principio de la inviolabilidad de la persona humana, haciendo hincapié

en que “en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. En el art. 52 se mencionan con carácter enunciativo distintas formas de afectación de dicha dignidad, incluyéndose la lesión a la “intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad”, agregándose en el mismo texto una fórmula ampliamente abarcativa “o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal”, admitiéndose en forma expresa que la persona afectada podrá reclamar no solo la reparación de los daños sufridos sino también la prevención, con remisión a lo dispuesto en el Libro Tercero (Derechos personales), Título V (Otras fuentes de las obligaciones), Capítulo 1 (Responsabilidad civil). Dicha remisión abarca, en lo específico del tema en examen, la norma general del art. 1708, que reitera como funciones de la responsabilidad que las disposiciones son aplicables a “la prevención del daño y a su reparación”. En los artículos siguientes se regula lo relativo a tal función preventiva (en particular, arts. 1710 a 1713). El art. 1710 dispone que el deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. Y el art. 1711 prevé que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Concluye la sentencia que “desde las distintas ramas del derecho -constitucional, civil y procesal-, y citando solo a modo de ejemplo algunos de los muchos autores que han escrito sobre el tema, ninguna duda cabe acerca del fundamento constitucional no solo del principio del alterum non laedere, sino también el de la prevención del daño, que no es más que un modo de hacer efectivo dicho principio, en su grado de mayor utilidad”.<sup>58</sup>

En un precedente resuelto por un Juez Nacional en lo Criminal y Correccional, luego de que en una villa de emergencia porteña hayan caído al vacío tres adolescentes por haber cedido una escalera externa, el juez, con fundamento en el principio preventivo receptado en el Código Civil y Comercial, ordenó de oficio al Presidente del IVC, junto con el Subsecretario de Obras Públicas de la Nación y el Presidente Ejecutivo de la ACUMAR que realicen de modo inmediato y urgente un relevamiento de la totalidad de espacios comunes del complejo a fin de constatar y en su caso liberar y/o adecuar aquellos a parámetros de seguridad propios del universo social del lugar.

En el desarrollo de la sentencia, puede leerse: “Dicha función preventiva ha sido instrumentada en la acción tipificada en el artículo 1711 y siguientes del plexo normativo citado, que expresamente estipula los supuestos de procedencia, legitimación y alcances de la sentencia a que diera lugar. Esta sección reseñada (Sección 2 del Capítulo 1 del Título V, del C.C.C.N.) vino a legislar sobre una cuestión novedosa, que anteriormente diera lugar a numerosos debates pero que con esta regulación, se encontraría zanjados en el sentido de aceptar la posibilidad de la llamada “tutela preventiva de oficio” (artículo 1713)...”, que “conceptualmente, puede definirse a la acción preventiva como aquella “que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”. Sobre esta línea, el nuevo Código asigna y entiende la función del juez en un sentido más am-

---

<sup>58</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 25/06/2015, “Duhalde, Eduardo Alberto c. D’Elia, Luis Ángel s/ medidas precautorias”, LA LEY, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (octubre), 7, con nota de Toribio Enrique Sosa.

plio y apegado a los mandatos constitucionales. Así, impone en el magistrado, un accionar precautorio dirigido a alcanzar una tutela judicial efectiva, de mayor compromiso social que se traduce en la aplicación preventiva o tuitiva del apotegma ‘alterum non laedere.’”

El juez de la causa sostuvo que “teniendo en cuenta que en una villa de emergencia porteña cayeron al vacío tres adolescentes por haber cedido una escalera externa, cabe ordenar, de conformidad con la tutela preventiva de oficio prevista en el art. 1713 del Código Civil y Comercial, al Presidente del IVC, junto con el Subsecretario de Obras Públicas de la Nación y el Presidente Ejecutivo de la ACUMAR que realicen de modo inmediato y urgente un relevamiento de la situación actual del complejo a fin de constatar y eventualmente liberar de elementos potencialmente peligrosos todos los espacios comunes emplazados en altura, así como verificar que las paredes y barandas estén en condiciones óptimas de seguridad, debiendo en su caso proceder a su inmediata y urgente reparación”, precisando que “a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial forma parte de la jurisdicción civil lo que se ha dado en llamar “acción preventiva”, que es aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños, de conformidad con lo previsto por los arts. 1710, 1711 y 1713 de la normativa citada” y que “el mandato preventivo receptado en el Código Civil y Comercial —arts. 1710, 1711 y 1713— permite al órgano jurisdiccional que oficiosamente emita órdenes cuando la sustanciación de un proceso le dio oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño que ya ha acaecido se repita —o agrave— en detrimento de sujetos identificados o no”.<sup>59</sup>

En un caso más reciente, se abordó la cuestión de la aplicación temporal de la función preventiva de la responsabilidad civil. En este precedente, la vicedecana de un instituto universitario, que fue demandada por daños por plagio de una obra académica, promovió una medida autosatisfactiva a fin de que se le ordene a los accio-

---

<sup>59</sup> Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 12, 18/09/2015, “Causa N° 298/2013”, La Ley on Line, AR/JUR/30840/2015.

nantes de ese proceso abstenerse de efectuar comentarios que afecten su honorabilidad, imagen pública y nombre.

La actora alega que los demandados efectúan de manera pública, en el ámbito laboral de todos ellos, comentarios disvaliosos en su contra, ventilando incluso aspectos del litigio en curso. Agrega que la hostigan y la desacreditan tanto telefónica como personalmente menoscabando su honor, buen nombre e imagen y afectando el ámbito de su intimidad, todo lo que puede producir daños de imposible reparación posterior. Sobre esa base, y como medida autosatisfactiva, solicita que los accionados se abstengan de efectuar comentarios que afecten su honorabilidad, imagen pública y nombre.

*La pretensión fue rechazada en primera instancia y la Cámara confirma la decisión*

La Cámara sostiene que “la medida autosatisfactiva intentada por la vicedecana de un instituto universitario que fue demandada por plagio de una obra académica a fin de que se le ordene a los accionantes de ese proceso abstenerse de realizar comentarios injuriosos contra su persona debe rechazarse, ya que los hechos analizados no importan en sí mismos la configuración de una conducta ilícita con entidad para activar la responsabilidad civil en su faz preventiva — arts. 1710, 1711, 1713 y concs., Código Civil y Comercial—, sumado al carácter restrictivo con el que se debe ponderar la admisión de esa medida cuando se trata de restringir el ejercicio de otro derecho fundamental —arts. 51, 52, 53, 1770 y concs, CCCN—”; que “no está acreditada la existencia misma de los hechos en los que se sustenta la pretensión: la invasión a la privacidad de la actora, la antijuridicidad de esa conducta y la necesidad de hacer cesar el daño, aún en potencia. Por eso, y sin que ello signifique conferir un “bill de impunidad” para que cualquiera esté habilitado para comentar a terceros la existencia de un litigio judicial (vertiendo incluso conceptos desfavorables contra su contrincante), los hechos analizados no importan en sí mismos la configuración de una conducta ilícita, con entidad para activar la responsabilidad civil en su faz preventiva (arts. 1710, 1711, 1713 y concs. CCCN)”.

Precisa que “la función preventiva de la responsabilidad que recogen los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial constituye doctrina interpretativa de las disposiciones aplicables de la responsabilidad civil a una proceso en el que se solicitó una medida autosatisfactiva destinada a ordenar a quienes instaron una acción de daños por plagio abstenerse de realizar comentarios injuriosos contra el demandado, ello conforme lo previsto por el art. 7 de la normativa citada y más allá de que se entienda que debe prevalecer el aspecto procesal de la función preventiva o que la cesación del daño se trata de una consecuencia no consumida” y que “tratándose de las consecuencias de las relaciones jurídicas cabe entender que las ya consumidas, agotadas o producidas quedan en la órbita de la ley anterior; las que no son instantáneas sino que se prolongan en el tiempo quedan alcanzadas con el Código Civil y Comercial” y que “los arts. 1710 a 1713 CCCN no pueden constituir soporte normativo del régimen actual "porque el hecho constitutivo de la responsabilidad civil en su faz preventiva de derecho sustancial ocurrió durante la vigencia del Cód. derogado. La función de prevención nace en el momento de ocurrencia del hecho y es la ley vigente en ese momento la que determina el derecho aplicable. Empero, aún si se entendiera que en tal caso debe prevalecer el aspecto procesal de la función preventiva (el mandato de prevención; art. 1713 CCCN), que la cesación del daño se trata de una consecuencia no consumida, o que el juez toma conocimiento definitivo de la pretensión de prevención en el momento de sentenciar -todo lo que conduce a la aplicación inmediata del nuevo Cód.- lo cierto y decisivo es que ahora la nueva regulación legal de los arts. 1710 a 1713 CCCN constituye cuanto menos "doctrina interpretativa" del criterio anterior que es el que en definitiva se plasmó legislativamente. Por eso y de cualquier modo (sea como aplicación inmediata de la función de prevención del daño por su carácter procesal o por configurar una consecuencia -y no un hecho constitutivo de la responsabilidad civil- o cómo argumento de autoridad o doctrina de interpretación del sistema anterior) es insoslayable acudir al actual sistema de prevención del daño regulado en los citados arts. 1710 a 1713 CCCN (art. 7 CCCN; este Tribunal, causa cit.). Los criterios

interpretativos expuestos son lo que han de regir el juzgamiento del "presente caso", conforme lo prevé el art. 1º CCCN (arts. 2 y 3 CCCN; esta Sala, causa n° 59.966 cit. supra)".<sup>60</sup>

## VII. Reflexiones finales

El Código Civil y Comercial presenta una moderna regulación normativa del fenómeno de la responsabilidad civil, incorporando las funciones que la misma debe cumplir en la sociedad actual; crea un espacio para el desarrollo de la función preventiva, que, hasta el momento, no contaba con una regulación propia, sistemática e integral en el Derecho Privado en general, más allá de la recepción de concretas aplicaciones en normas especiales.

Sin duda, la prevención de los daños configura la función primordial de la responsabilidad civil, sin que ello implique sustituir ni remplazar la función resarcitoria; existe un derecho a no ser dañado, máxime desde la perspectiva propuesta por el Código en que se coloca a la persona como epicentro del sistema normativo.

Más allá de las críticas que puedan merecer algunos aspectos de la regulación proyectada, lo cierto es que la propuesta del Proyecto recepciona, en general, la evolución doctrinaria y jurisprudencial sobre las diversas funciones del Derecho de la Responsabilidad Civil, incorporando expresamente la prevención del daño.

Seguramente, hay muchos interrogantes y muchas inquietudes; lo importante es tener presente que nada se construye sobre el vacío; en el ámbito de la responsabilidad, hemos recorrido un largo camino en la búsqueda de la protección efectiva de las víctimas de daños injustos y sobre el que debemos seguir transitando, a partir de lo hecho y de lo que está por hacerse, para construir un Derecho Nuevo.

---

<sup>60</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 03/12/2015, "D. M. M. C. c. P., N. S. y otro/a s/ materia a categorizar", RCcYc 2016 (marzo), 07/03/2016, 155.

**La cuantificación del daño a la integridad  
psicofísica-social de las personas y el derecho transitorio**

DR. PASCUAL E. ALFERILLO (SAN JUAN)



## I. Introducción

Cada nuevo emprendimiento editorial tiene su propio desafío que en la presente investigación, se presenta en la exigencia de elaborar una visión regional de los problemas jurídicos que se derivan de la implementación de la normativa contenida en el Código Civil y Comercial.

En ese sentido y en el marco de la Responsabilidad Civil, en el primer año de vigencia del código unificado se destacan como tema convocante los métodos a implementar por la judicatura a la hora de cuantificar los distintos daños y, en modo, simultáneo como operan las nuevas normas en la etapa de transición que se presenta en la resolución de aquellos casos en los cuales el daño se produjo en la época anterior a la entrada en vigencia.

En estas reflexiones, se toma como temática para su examen, los métodos previstos para la valoración y cuantificación de los daños producidos a la integridad psicofísica-social de la persona, descartando en esta oportunidad, los menoscabo a la integridad patrimonial.

## II. La construcción de una sentencia de daño

En el deslinde conceptual del tema a tratar, ocupa un lugar importante conocer que en la construcción de la sentencia de daño existen dos segmentos perfectamente diferenciados.

En el primero, se determina quién o quiénes serán los sujetos responsables del deber de resarcir. Para individualizar al sujeto pasivo de la obligación indemnizatoria, se debe verificar la configuración de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad: daño, antijuridicidad, nexo causal adecuado y factor de atribución.

Esta primera etapa no será motivo de examen en esta investigación por cuanto como se puede inferir, la determinación de los sujetos responsables del deber de resarcir se debe formular en base al régimen jurídico imperante en el momento en que acaeció el hecho dañador que será la causa fuente de la obligación de reparar.

Es decir, se deben examinar los presupuestos de la responsabilidad conforme a la normativa vigente y doctrina que informa a la misma, a la fecha del accidente. Ello es así porque quedó absolutamente agotado en su estructuración normativa el hecho jurídico generador de la obligación, se consolidó y, es por ello, que tiene génesis la obligación de resarcir la cual, desde este punto, resaltar su naturaleza de obligación de valor.

Esta situación fue resuelta ante el reclamo de eximisión de responsabilidad por cambio del régimen de tránsito (cambio normativo) juzgándose que “la expresión de agravios vertida por la recurrente encuentra su fundamentación y, por cierto, base de la crítica al fallo, es el contenido normativo de los artículos 41 y 43 de la Ley de Tránsito N° 24.449, que entró en vigencia en la provincia de San Juan cuando se sancionó y promulgó la Ley N° 6684 (BO 1/02/1996). El régimen imperante al momento del accidente era el de la Ley N° 13.893 que en su artículo 50 b) 5to., establecía que “tiene prioridad de paso el vehículo que ingrese en la circulación giratoria de la rotonda”. Como se colige esa normativa tenía reglado un régimen diametralmente distinto al vigente en la actualidad, por lo cual corresponde desestimar sin más meritación esta queja”<sup>1</sup>.

En la segunda etapa de la construcción de la sentencia de daño, cuando ya se individualizó quién será el responsable de satisfacer la indemnización los daños ocasionados a la víctima, el razonamiento judicial se focaliza, primero, en la valoración de los perjuicios para su posterior cuantificación en dinero de curso legal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería, Sala Primera, 22/febrero/2007, autos N° 18.728 "Rivera, Ana Ester y Otra C/ Rivera Prudencio, Fernando - Daños y Perjuicios - Sumario" y Autos N° 18.952 "Rivera Giménez, Gisela María C/ Rivera, Ana Ester - Daños y Perjuicios - Sumario", L. de S. T° 95, F° 103/111.

<sup>2</sup> Primera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 18/08/2001, Expte. 142224/340 - “Gallardo, Claudia Edgardo c/ Chávez - Daños y Perjuicios”, L. de S. n° 159 - Fs.255. En este fallo se dijo que “no debe confundirse la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización, se trata de dos operaciones distintas aunque fuertemente relacionadas”.

Al respecto Pizarro enseña que “valorar el daño es determinar su entidad cualitativa (aestimatio<sup>3</sup>) o, lo que es igual, “esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras;<sup>4</sup>”.

Como se puede colegir de las aseveraciones antes transcritas, valorar el daño es una tarea compleja dado que tiene una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido in abstracto de cada rubro factible de ser resarcido. Ese conocimiento, puede ser calificado como doctrinario que cada juez obtiene con los estudios de la opinión de los jurisconsultos y doctrina judicial que realiza del Derecho de Daño. A partir de esa tarea de ilustración, llega a una conclusión propia que le permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible.

En otras palabras, previo a resolver cualquier litis de daño, el juez debería tener en claro “que” es lo resarcible, el contenido indemnizable de cada rubro, para iniciar la valoración en concreto conforme a los antecedentes de cada causa litigiosa venida a la jurisdicción.

---

<sup>3</sup> Estimación. (Del lat. aestimatio, -ōnis). 1. f. Aprecio y valor que se da y en que se tasa y considera algo. ~ tributaria. 1. f. Der. estimación que se realiza en ciertos tributos para determinar el valor de la base imponible. <http://lema.rae.es/drae/?val=estimacion>. Conforme esta definición de la Real Academia Española de la Lengua, la aestimatio comprende las actividades de valorar como la de cuantificar que tratamos de diferenciar.

<sup>4</sup> Pizarro, Ramón Daniel, “Valoración y cuantificación del daño moral en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: Consolidación de una acertada doctrina”, LLC2006 (septiembre), pág. 893, cita en apoyo de su criterio a Zavala de González, “Resarcimiento de daños...” ob. cit., t. 4, n.111, p. 481. El mismo autor, “Valoración y cuantificación del daño moral”, LLC 2006, 893- RCyS 2006-XI, 121. En este trabajo especifica que “en el caso del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración”.

En ese sentido, cuando analizan los antecedentes del caso y, en especial la prueba aportada para acreditar los extremos aseverados, comienza con la tarea de subsumir<sup>5</sup> los menoscabos efectivamente ocasionados a la integridad psicosomática – social o en el patrimonio de la persona, en cada categoría, teniendo siempre en cuenta una de las máximas preocupaciones de la jurisdicción que es no resarcir doblemente un mismo daño o dejar algún rubro sin resarcir.

En función de los motivos antes expuesto es ineludible resaltar que en esta etapa de valoración de los daños, tiene una influencia vital la calificación<sup>6</sup> y clasificación<sup>7</sup> de los mismos, tema que por cierto ha motivado la elaboración de varias monografías que tratan de brindar respuestas sobre el tema.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Subsumir: (De sub- y el lat. sumère, tomar). 1. tr. Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora. 2. tr. Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general.

<http://lema.rae.es/drae/?val=subsumir>.

<sup>6</sup> Calificar. (Del b. lat. qualificare). 1. tr. Apreciar o determinar las cualidades o circunstancias de alguien o de algo.

<http://lema.rae.es/drae/?val=calificar>

<sup>7</sup> Clasificar. (Del b. lat. classificāre). 1. tr. Ordenar o disponer por clases.

<http://lema.rae.es/drae/?val=clasificar>

<sup>8</sup> Alferillo, Pascual Eduardo, “Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona”, *Doctrina Judicial*, Año XXIII N° 40, 3 octubre 2007, pág. 298; Alferillo, Pascual Eduardo – Pandiella, Juan Carlos, “Daño a la persona. Valoración - Cuantificación. Visión jurisprudencial”, (Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009), pág. 15. En este libro se transcribió: “La obligación de reparar reclamada ante la jurisdicción reconoce dos momentos trascendentes en la elaboración de la condena: el primero, la determinación de que existe la obligación de indemnizar en quienes, por aplicación de los factores de atribución subjetivo u objetivos, resulten responsable de la misma. Y segundo, la fijación de la cuantía indemnizatoria, que para ser mensurada ha menester tener en cuenta los aportes probatorios realizados por las partes al proceso e incluso en algunos casos, cuando estos no sean suficiente a criterio del Juez, se podrá uti-

Una vez completada esta etapa de valoración del daño definiendo que se debe resarcir en cada rubro que se declara procedente, corresponde avanzar con la cuantificación de los mismos, tarea que tiene como complejidad la definición del método a utilizar para individualizar la cuantía resarcitoria de cada ítem.

### III. Las pautas del código unificado para la cuantificación del daño

#### 3.1. Preliminar

La integridad psicofísica y social de una persona puede ser vulnerada de distintas maneras que son previstas en la segunda parte del art. 1738 donde se expresa que “la indemnización [...] 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”.

En función de ello, se analizará cuales son las pautas previstas por el código unificado para guiar a la magistratura en la tarea de valorar y cuantificar los daños a la integridad de la persona.

---

lizar el mecanismo autorizado por el art. 171 del C.P.C. fijando las bases para su posterior liquidación en la etapa de ejecución de sentencia”. (Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan Sala Primera, 02/03/1999, autos N° 15.131 "Vargas, Isidro Alberto c/ F.G.H. S.A. – Daños y Perjuicios - Sumario", L. de S. T° 74, F° 86/96; 3/09/2003; autos N° 17.269 "Belert, Fernando Raúl c/ Herrera, José María - Daños y Perjuicios - Sumario", L. de S. T° 85, F° 155/172.). “No debe confundirse la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización, se trata de dos operaciones distintas aunque fuertemente relacionadas”. (Primera Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, 18/08/2001, Expte. 142224/340 – “Gallardo, Claudia Edgardo c/ Chávez - Daños y Perjuicios”, L. de S. n° 159 - Fs.255).

### 3.2. Cuantificación del daño derivado por la frustración de una vida.

#### 3.2.1. Aspectos generales.

La frustración de la vida de un ser humano por su muerte tiene importantes consecuencias jurídicas que son reguladas en el art. 1745 Cód. Civ. Com., donde se reguló que “en caso de muerte, la indemnización debe consistir en: a) los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes; c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.

Para iniciar el comentario de este artículo resulta ineludible recordar los damnificados indirectos que poseen legitimación para reclamar el resarcimiento generado a partir del fallecimiento ilícito de la persona son los ascendientes, descendientes, cónyuge y los que convivían con aquel recibiendo un trato familiar ostensible, conforme el art. 1741 Cód. Civ. Com.

En este punto, cabe resaltar que la legitimación concedida es *iure proprio* descartando – a *prima facie* – la posibilidad de reclamar *iure hereditatis* algún rubro que hubiere ingresado al patrimonio del difunto, porque impone como condición que este debió interponer demanda en vida.

Por otra parte, se destaca que el art. 1741 incluye en la enumeración de los legitimados para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, al sujeto que convivió con trato familiar ostensible pero no lo enumera en el art. 1745, ello en base a entender que se regula en esta norma una presunción de daño y

quién no es familiar sino que recibió trato de tal, deberá acreditar ese trato y luego, los perjuicios que sufrió por el fallecimiento.

### 3.2.2. *Los gastos de asistencia y funeral*

En el primer inciso del artículo 1745 Cód. Civ. Com., se reglamenta que se encuentra legitimado para reclamar los gastos necesarios para la asistencia y posterior funeral de la víctima quien haya abonado el servicio, aun cuando fuere en razón de una obligación legal. Ello significa que si el gasto fue realizado con dinero del propio fallecido, sus herederos tendrán derecho a repetirlo de quien fue responsable de causar la muerte.

Si el dinero con el cual se abonó pertenece al peculio del familiar o de un tercero, estos podrán reclamar su restitución directamente por su propio derecho.

De igual modo, se abre la posibilidad para que las obras sociales u otros sistemas de coberturas como es, por ejemplo, los seguros de sepelio que asumen este tipo de gasto, puedan reclamar directamente del responsable del deber de resarcir el reintegro de las sumas abonadas, mas teniendo en cuenta que un daño a la persona puede llevar algún tiempo de agonía con gastos asistenciales importantes que son asumidos por dichas entidades de prevención y, hasta por el mismo Estado nacional, provincial o municipal donde atienden en sus hospitales públicos a personas víctimas de ilícitos. Todos tendrían legitimación para reclamar la restitución de dichos gastos.

Como se deduce este rubro no tiene mayores inconvenientes para ser cuantificados a partir de su acreditación en juicio.

### 3.2.3. *La presunción de daño por fallecimiento*

En el segundo inciso del art. 1745 Cód. Civ. Com., se presume legalmente la existencia de daño cuando se regula que se indemnizará lo necesario para alimento del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años, con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente.

En este sentido el código unificado, en el art. 541, precisa cuál es el contenido de la prestación alimentaria al decir que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación.

En esta oportunidad se soslaya un análisis pormenorizado de quienes son los beneficiarios de la presunción de daño derivados del fallecimiento trágico (cónyuge, del conviviente registrado y de los hijos menores de 21 años) cuyo listado se amplía cuando se examina quienes están legitimados para reclamar per se y por iure proprio el resarcimiento, como es por ejemplo, la incorporación de quienes tenían un trato familiar ostensible con el fallecido (art. 1741), entre ellos su conviviente no registrado (art. 512), o los hijos mayores de 21 años.

En cuanto al método empleado para valorar y cuantificar el daño a lo largo de la historia del derecho argentino existe una puja dialéctica entre quienes propugnan una visión materialista de la vida humana frente a aquellos autores se sostienen que el ser humano no solo aporta valores económicos sino también otros tipos como son los asistenciales, espirituales, etc. que de igual modo, deben ser tenido en cuenta al cuantificar el daño resarcible.

A contrario de las tendencias actuales (CIDH)<sup>9</sup> y de la propia normativa general del código unificado, se descarta totalmente las posibilidades de reclamar vía iure hereditatis el resarcimiento eco-

---

<sup>9</sup> Alferillo, Pascual E., “El resarcimiento del daño derivado de la frustración de la vida”, RCyS, 2014-II-28. En ese estudio se sostuvo que “no hay razón lógica ni jurídica que impida reconocer en una normativa, primero, que el derecho a la vida es un derecho fundamental y personalísimo de cada ser humano del cual cuando existe un homicidio, el primer damnificado es la propia víctima que pierde ese derecho. Nada impide reconocer el resarcimiento de ese derecho y su transmisibilidad iure hereditatis con independencia de los menoscabos que los familiares y terceros pudieren padecer los cuales pueden ser reclamados en paralelo. Este reconocimiento, ya aceptado por la CIDH, permitirá iniciar el camino hacia un

nómico, aceptando resarcir solo los daños iure proprio padecidos por los familiares del interfecto.

Como se colige, prima en esta decisión legislativa el criterio materialista puro que solo focaliza su interés en el aporte realizado por el difunto a quienes reclaman el resarcimiento.

En este punto se inicia la segunda etapa del debate del contenido resarcible.

En este sentido, dentro de los criterios iure propio se han elaborado distintas pautas para valorar y cuantificar con visiones disímiles. En ese sentido, se puede enumerar: a) la cuantificación del valor vida per se<sup>10</sup>, b) los lineamientos del enfoque “economicista” o “materialista”<sup>11</sup> y los lineamientos del enfoque “integral”, “solidario” o “espiritualista”<sup>12</sup>.

---

mejor sistema resarcitorio que dé respuestas indemnizatorias justas en tiempo razonable, en el cual se haga primar el interés de las víctimas en un adecuado equilibrio con los intereses económicos involucrados en el resarcimiento de los daños”. En este sentido, agregamos a modo de ejemplo que en el caso “Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú Sentencia de 1 de setiembre de 2015. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)” la CIDH dijo que “el Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, la Corte considera como “parte lesionada” a las quince víctimas de desaparición forzada, [...]. De igual modo, son “parte lesionada” sus familiares sobrevivientes, [...], así como sus familiares fallecidos, [...].

[10] Alferillo, Pascual E., Daño a la vida..., cit., pp. 73/85.

[11] Alferillo, Pascual E., Daño a la vida..., cit., pp. 87/120.

[12] Alferillo, Pascual E., Daño a la vida..., cit., pp. 123/136. La opinión solidaria no desecha los parámetros materialistas que se miden cuando hay un fallecimiento por los aportes pecuniarios que efectuaba el interfecto a sus familiares conforme es fijado por la tesis economicista, sino por el contrario, corresponde sumar a ellos el valor de las actividades solidarias, afectivas, de cooperación, etc., con las cuales el difunto contribuía en favor de los familiares damnificados, razón por la cual también estos aportes, de los cuales se ven privados, deben ser resarcidos.

Teniendo en cuenta los antecedentes doctrinarios y el texto de la norma del código unificado corresponde inferir cual es el método autorizado para determinar la cuantía resarcitoria del daño que sufren los familiares derivados de la muerte del interfecto.

En esa dirección, se debe tener presente que la suscripción de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos por la Argentina, donde se protege a la persona humana en su integridad psicofísica y social, el método que se adecua a la normativa no es el materialista que ve únicamente al ser humano como un ente productor de bienes y servicios sino, partiendo de una concepción integral del mismo, se deben sumar los aportes solidarios, de colaboración, etc., que efectuaba el fallecido a sus familiares (damnificados indirectos) de los cuales también se ven privados.

Esta concepción del ser humano es trascendente frente a la pretensión de los autores de aplicar las fórmulas de la matemática financiera para realizar el cálculo de las cuantías indemnizatorias que deberán recibir sus damnificados indirectos por el fallecimiento ilícito del familiar, por cuanto, en primer lugar, no es aplicable, dado que si el Código hubiera querido que así fuera lo hubiera expresamente regulado. Por el contrario, reguló este método únicamente para el cálculo de la indemnización por incapacidad psicofísica.

El dejar al arbitrio judicial la cuantificación del daño padecido por los terceros que reclaman el daño por fallecimiento *iure proprio* con el contenido normativo de la parte final del inc. b), donde se regula que el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes. No dice allí que el juez deba aplicar las fórmulas de la matemática financiera previstas en la norma siguiente.

Recientemente cuando el Código Civil y Comercial de la Nación ya se encontraba en vigencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la temática de cómo se debe valorar y cuantificar el daño derivado de una muerte ilícita, en un caso que si bien tiene origen laboral se tramitó como acción civil resarcitoria, lo cual implica que el tribunal superó la dualidad de criterio que se le observa conforme fuere el origen del daño (integral para los trabajadores y materialista para el resto de los casos).

En ese sentido, juzgó que “el valor de la vida humana no resulta apreciable solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de mensurar en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres”<sup>13</sup>.

El criterio a partir de no discriminar el origen de la muerte (laboral o civil) armoniza en plenitud con el sistema integrado por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos y el Código Civil y Comercial, donde no hay clases de fallecidos sino personas humanas que dejan de existir por distintas causas que en algunos casos pueden tener regímenes especiales de resarcimiento.

El ser humano es igual en su esencia y diferente culturalmente (lo cual le da su identidad social). A partir de ello, aporta a sus familiares no solo bienes materiales provenientes de su capacidad laborativa, sino también aportes asistenciales, de servicios, afectivos, etc. que, de igual modo, deben ser tenidos en cuenta al valorar y cuantificar los daños derivados de su fallecimiento, porque los legitimados para reclamarlos se ven privado de los mismos.

### *3.3. Cuantificación del daño a las afecciones espirituales legítima (daño moral)*

El Código Civil y Comercial introduce como novedad un cambio de denominación del rubro “daño moral” al cual denomina “daño a las afecciones espirituales legítimas”.

En ese sentido, el daño moral, en su denominación tradicional, es mencionado como tal en muy pocas normas. Así se verifica que

---

<sup>13</sup> CSJN, N. 117. XLVII. REX, “Núñez Hugo Fabio c/ Surfilatti S.A. y Otro s/ Accidente Acción Civil”, 06/10/2015-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. (Se aconseja leer el dictamen antes referenciado).

únicamente se hace referencia al mismo en el art. 71, cuando se regulan las acciones de protección del nombre previendo en el inc. c) si es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía y le causa perjuicio material o moral podrá pedir el cese del uso; en el art. 151, donde se regula el nombre de las personas jurídicas, reglamentando que si se pretende incluir el nombre de una persona humana debe tener su consentimiento, y si es fallecida sus herederos podrán oponerse a la continuación del uso si acreditan perjuicios materiales o morales y, por último, en el inc. f) del art. 744, donde se estatuye que excluidos fuera de los bienes que forman la garantía común, las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por el material derivado de lesiones a su integridad psicofísica.

En el marco de la sección en la cual se trata el “daño resarcible” no se hace referencia concreta al moral, como era denominado en el derogado art. 1078 del Código Civil, sino que se menciona al mismo bajo una nueva denominación, cuando se hace referencia a las “afecciones espirituales legítimas” que puedan afectar a la persona<sup>14</sup>.

El análisis gramatical de la palabra “afección” —cuarto significado—, hace referencia a enfermedad, razón por la cual corresponde interpretar en una primera impresión que el Proyecto hace referencia a una situación patológica del espíritu.

Ahora bien, la utilización del término “espirituales” hace necesario que se verifique su significado, que está íntimamente relacionado con la palabra “espíritu”, que tiene un sinnúmero de significados, de los cuales seleccionamos los que se relacionan con la persona y así se verifica que, en su primera acepción, hace referencia a un ser inmaterial y dotado de razón, en la segunda, al alma racional.

En la literalidad tendríamos hasta este punto que se autoriza el resarcimiento de las consecuencias derivadas de las enfermedades

---

<sup>14</sup> Debe repararse que la norma refiere a “las afecciones espirituales legítimas”, en plural, lo cual significa que existe la posibilidad de que haya más de una enfermedad en el espíritu resarcible, con lo cual queda por demás acreditado que daño moral no es igual a daño extrapatrimonial, como insisten los defensores de la tesis del daño consecuencia.

del alma racional que sean legítimas, entendido ello como que estén protegidas por las leyes o, al menos, no ser contrarias a las mismas.

El punto que trae problema hermenéutico es dimensionar jurídicamente el daño al espíritu, pues estimamos que en el estado actual de la evolución de la ciencia, la misma no puede corroborar efectivamente que ello sea factible, más allá de que se conocen algunos estudios que indican que la memoria humana estaría situada en el espíritu y no en la parte psicofísica de la persona.

En la actualidad está verificado que el daño moral se muestra como un estar disvalioso de la psique que no llega a configurar una patología, por lo cual las afecciones estrictamente espirituales no estarían comprendidas.

Evidentemente, cuesta un esfuerzo hermenéutico significativo aseverar que el daño moral está comprendido en el art. 1738 cuando se hace referencia a las “afecciones espirituales legítimas”. Únicamente teniendo la flexibilidad de interpretar que cuando se hace referencia al “daño espiritual” se refiere con esa expresión la vinculación, aun científicamente ambigua que está en proceso de estudio, entre el espíritu y la mente (psique).

Este análisis estricto de la literalidad de la norma que puede superar la interpretación jurídica cotidiana que siempre es reticente a los cambios, muestra la crisis de identidad del daño moral, que exige una energía especial para tratar de definir su contenido conforme al actual estado de evolución de la ciencia jurídica.

Ello ha motivado a un largo proceso de evolución que por cierto no tiene un criterio doctrinal o jurisprudencial prevalente, sino por el contrario se pueden clasificar entre aquellos que aún asimilan el daño moral al daño extrapatrimonial de aquellos autores que procuran dar una definición ontológica del mismo<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 239; Casiello, Juan, J., “Sobre el daño moral y otros pretendidos daños”, La Ley, 1997-A, 177; Responsabilidad civil - Doctrinas esenciales, Tº III, p. 79; Brebbia, Roberto, El daño moral, 2ª edición, Orbis, Rosario, 1967; 1ª edición, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950, pp. 57 y 58, Stiglitz,

Transcribir la evolución de las valoraciones doctrinarias sobre el daño moral, es una tarea que excede largamente el propósito limitado de esta investigación<sup>16</sup>, razón por la cual se considera, como síntesis de dichos estudios y de la normativa imperante que “es el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico, sin que ese estado negativo o disvalioso sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés generado por un hecho antijurídico y reprochable”.

En todo caso, se debe comprender que el código unificado ha definido la disputa respecto del vínculo con el daño psíquico, marcando que son dos rubros totalmente distintos e independientes, al punto que para su cuantificación en el segundo, por imperio del art. 1746 se deben emplear una fórmula de la matemática financiera, en cambio, para el daño moral aún persiste como sistema, el arbitrio judicial.

La pauta a tener en cuenta para la cuantificación del daño a las afecciones espirituales legítimas, es el fijado en términos generales en el art. 1741 donde se precisa que el monto de la indemnización

---

Gabriel y Echevesti, Carlos A., “El daño resarcible”, en Responsabilidad Civil 9, dirigido por Bueres, Alberto J., 1ª reimpression, Hammurabi, Buenos Aires, 1993 p. 211; Mayo, Jorge A., “El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran”, Revista de Derecho de Daños, núm. 6, “Daño Moral”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 1999, p. 179; Matilde Zavala de Gonzales, Ponencia presentada en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) (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), Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 33; entre otros autores.

<sup>16</sup> Alferillo, Pascual E., “Reflexiones sobre el concepto y carga probatoria del daño moral”, RCyS, 2012-II 128; Alferillo, Pascual E., “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, LLGran Cuyo, 2011 (marzo), p. 113.

debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

### *3.4. Cuantificación de la incapacidad sobreviniente por daño psicofísico*

#### *3.4.1. Preliminar*

Antes de iniciar el comentario sobre el método legal implementado para cuantificar el daño por incapacidad psicofísica, cabe consignar que resulta innegable la imperiosa necesidad que tiene el sistema jurídico argentino de buscar mecanismos para que la cuantificación de los daños a la personas en casos similares, sean más o menos homogéneas dado que el arbitrio judicial generó, a lo largo de la historia de su implementación, cuantías resarcitorias de muy diverso monto.

En la búsqueda de uniformar los resarcimientos se elaboraron distintos criterios, como es la ponderación judicial indicativa, la técnica del punto calculada con base en la ponderación de los fallos dictados, etc.

Pero en nuestro país, las diferencias en las cuantías resarcitorias no es responsabilidad exclusiva de los criterios judiciales sino que se debe tener presente que se vive en una sociedad con una economía inestable que desde hace muchos años, especialmente desde 1975 en adelante, se conjugaron ciclos monetarios de estabilidad, inflación e hiperinflación que modifican el poder adquisitivo de la moneda con la cual se cuantifica la compensación del daño. Es decir, no podemos programar soluciones que funcionan en economías con moneda que gozan de estabilidad.

Aclarado ello, el art. 1746 en su primera parte regula expresamente 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.<sup>17</sup>

Como se concluye la norma impone la aplicación de una fórmula de la matemática financiera para la determinación de la cuantía resarcitoria.

Al respecto, en la doctrina de los tribunales y autores, antes de la sanción del Cód. Civ. Com., ya se conocían algunas aplicaciones como son por ejemplo la propuesta de Iribarne, el fallo Marshal, Requena, etc.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> En la segunda parte del art. se regula que “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”.

<sup>18</sup> Iribarne, Héctor P., “Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daño a la persona”, en Derecho de daño, primera parte, La Rocca, Buenos Aires, 1991, Tº I, p. 191; De los daños a la persona, 1ª reimpresión corregida, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 663; Requena, Claudio M., “Los componentes de la fórmula Marshall”, LLC, 2001-755; “El lucro cesante futuro”, LLC, 2003 (agosto), p. 785, “La fórmula Marshall en el Sur”, LL Patagonia, 2004 (abril), p. 169. Este autor recuerda “como breve historia, puede decirse que en ‘Marshall’, TS Córdoba, sala Penal, 22/3/1984, LLC, 1984-961, aparecieron —para estimar el lucro cesante, art. 1069, Cód. Civil— una serie de pautas a seguir por el juez para racionalizar su arbitrio, pero recién en ‘Brizuela de Cavagna c. Minervi Construcciones y otra’, TS Córdoba, sala Laboral, 19/12/1984, LLC, 1985-688, se sugirió el uso de una fórmula matemática financiera:  $C = a(1 - Vn / (1+i)^n)$ , donde  $Vn = 1 / (1+i)^n$ . La que había sido auspiciada por el doctor Antonio Vázquez Vialard, en su artículo ‘Efectos laborales de los infortunios y su reparación según las normas del Derecho Común y de Trabajo’, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, N° 1. Con esos antecedentes, el Lic. José María Las Heras fue el primero en auspiciar entre nosotros el uso de la fórmula abreviada, en su artículo ‘Determinación del lucro cesante’, Comisión de Actuación Judicial, Gaceta del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, set.-oct., 1984, p. 4”. Ahuad, Ernesto J., “El daño material y moral en la acción civil: La fórmula ‘Vuotto’ y el ple-

De igual modo, en el ámbito laboral, la Cámara Nacional del Trabajo Sala Tercera, se estructuró la fórmula que se conoce como “Vuoto”<sup>19</sup> que es repensada luego de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arostegui”<sup>20</sup>, cuando el mismo tribunal dictó el fallo “Méndez”<sup>21</sup>.

*En este último fallo se marcó que había “dos observaciones internas a formular acerca de la estructura del algoritmo.*

Una de ellas indica que es altamente improbable que la víctima dé a la indemnización que reciba el uso supuesto por la fórmula

---

nario ‘Vieytes’”, Sociedad Argentina de Derecho Laboral, [http://www.laboral.org.ar/el\\_dano\\_material\\_y\\_moral\\_en\\_l.html](http://www.laboral.org.ar/el_dano_material_y_moral_en_l.html); TSJ Córdoba, sala Penal, 22/3/1984, “Marshall, Daniel A.”, La Ley Online; [18] CCiv. y Com. Trenque Lauquen, 9/9/1986, “Ferrari, Osvaldo J. c. Almuina, Nestor E. y otros s/daños y perjuicios”, JUBA B2200088, entre otras expresiones.

<sup>19</sup> CNTrab. Capital Federal, sala 3ª, 16/6/1978, “Vuoto, Dalmero S. c. Aeg Telefunken Argentina s/artículo 1113, Código Civil”, Id Infojus: FA78041799; La Ley 1979-C, 620, AR/JUR/74/1978.

<sup>20</sup> CSJN, 8/4/2008, “Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL”, A. 436. XL, Fallos: 331:570.

<sup>21</sup> CNTrab., sala 3ª, 28/4/2008, “Méndez Alejandro Daniel c. Mylba S.A. y otro s/accidente - acción civil”, Id Infojus: FA08040068. En el inicio de los considerandos se sostuvo que “toda apreciación de la realidad, matemática o no, constituye necesariamente una forma de reduccionismo, ya que es imposible percibir, representar, recordar o tomar en cuenta las infinitas condiciones de cada situación o estado de cosas. El observador siempre ejerce un juicio, a menudo implícito, acerca de la relevancia que atribuye a ciertas condiciones, que son las que escoge para su consideración. Para el examen de los perjuicios civilmente resarcibles, este tribunal aplica una taxonomía tradicional que los divide en tres segmentos, a saber, el daño emergente, el lucro cesante (ambos integrantes del daño económico) y el daño moral (o extrapatrimonial). Examinaré a continuación estas categorías, para asegurar que ningún perjuicio resarcible (cuya relevancia pueda justificarse argumentalmente) quede fuera del modelo representativo”.

‘Vuoto’: lo más seguro es que, según cuál sea su cuantía, la destine a pagar deudas, a actualizar consumos postergados o a intentar algún emprendimiento personal de corte lucrativo. Esta elección corresponde a la víctima personalmente y no es apropiado interferir en ella: el uso del capital supuesto por la fórmula de referencia no tiene otro objeto que facilitar el cálculo financiero del resarcimiento del daño en este particular aspecto.

La otra observación se refiere a la edad tope con la que se aplique la fórmula. El empleo de la fórmula ‘Vuoto’ ha tomado en cuenta hasta ahora el fin de la ‘vida útil’ de la víctima, estimable en 65 años. Pero el hecho es que la (presupuesta) merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. Por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte, parece justificado ahora introducir esta modificación y elevar la edad tope a 75 años”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> CNTrab., sala 3ª, 28/4/2008, “Méndez Alejandro Daniel c. Mylba SA y otro s/accidente - acción civil”, Id Infojus: FA08040068. El fallo completa su análisis agregando que “hay también una observación externa, recogida por el fallo ‘Aróstegui’, acerca de la elección de las variables: que la fórmula congela el ingreso de la víctima, para el objetivo de calcular la indemnización, en el momento del daño, sin tomar en cuenta la ‘chance’ o perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño habrá disminuido. Esto es exacto. Ahora bien, en este aspecto puede señalarse que no es ésa la única circunstancia, más o menos aleatoria, que puede incidir en la correspondencia entre el resarcimiento y el verdadero lucro cesante. También es posible que dicho ingreso disminuya o aun desaparezca: la víctima, de no haber sufrido el daño cuyas consecuencias se juzgan, no solo podría mejorar de fortuna sino también sufrir otro daño posterior o aun fallecer. Y no puede dejar de considerarse además que no se puede conocer a ciencia cierta la cuantía del lucro cesante de un trabajador: es posible que siga trabajando con su incapacidad, si esta se lo permite y con el consiguiente mayor esfuerzo, con el mismo salario; es posible también que en algún momento pierda su empleo y le resulte difícil o aun imposible conseguir otro, según la incapacidad que porte, su edad y otras variables propias del mercado de trabajo, cuya evolución es imposible prever. Cual-

Esta fórmula, en la actualidad, es la que ha sido adecuada a los parámetros fijados por la Corte de Justicia de la Nación, razón por la cual se puede aseverar que la misma puede superar sin dificultad el test constitucional, para atribuirle que satisface su resultado la reparación plena en el marco presidido por los Derechos Humanos que consagra el *pro hominis*.

Por su parte Acciarri, argumenta que las fórmulas de valor antes transcritas, de una renta constante no perpetua no captan directamente variaciones en los ingresos (o en la contraprestación de la capacidad perdida), sean los mismos positivos (más ingresos) o negativos (menos ingresos). Es decir en palabras textuales del autor “estas fórmulas parten de asumir un ingreso —o más genéricamente, de nuevo, una contraprestación pecuniaria a la capacidad— que se reiterará, en idéntica magnitud, para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Esta asunción puede considerarse, por cierto, poco plausible en un gran número de casos. Del repetidamente invocado curso normal y ordinario de las cosas sabemos que no suele ser idéntico el ingreso de un joven a los 20 años, que el de esa misma persona a los 50. Basta con revisar convenciones colectivas de trabajo para ver que muchas cuentan con adicionales anuales por antigüedad, otras conceden incrementos de ese tipo por “escalones”, en períodos plurianuales, y todas, definen categorías laborales, correlacionadas con remuneraciones diferentes por las que se suele ir transitando con el paso del tiempo.

Algo similar ocurre con las actividades autónomas. Y hay también, por cierto, variaciones negativas. Las más obvias, quizás, sean las referidas a los deportistas profesionales, que pueden —y no siempre es así— sufrir una reducción de sus ingresos después de su retiro de la actividad”<sup>23</sup>.

---

quier medida es puramente conjetural; pero, como es preciso escoger una, se ha entendido apropiado suponer que, habida cuenta de todas estas posibilidades aleatorias, el lucro cesante de la víctima consiste en una afectación de su ingreso en la misma proporción de su porcentaje de incapacidad laboral”.

Al respecto se entiende que la propuesta de Acciarri procura diferenciarse del resto de las conocidas Vuoto”, “Marshall” “Las Heras-Requena”, etc., porque estas son fórmulas de rentas constante que no captan las variaciones previstas y, por tanto, “cristalizan” una única suma que proyectan hacia el resto de la vida productiva prevista para la víctima.

Más allá de la impecable búsqueda por acercarse a la perfección económica del monto del resarcimiento, adolece del mismo defecto que se critica del arbitrio judicial, la futurología. En las fórmulas conocidas, porque se da por sentado una base lineal de ingreso para el resto de la vida y, en la segunda propuesta, porque al procurar segmentar por etapas etarias los ingresos, debe partir de probabilidades de que pudiere o no acontecer una variación positiva o negativa de los ingresos de la víctima en el futuro de su vida.

Esta alternativa variable le agrega un porcentual mas en favor del arbitrio judicial que su evitación es la ratio esendi del artículo, para alcanzar sentencia que cuantifiquen situaciones de incapacidad similares con montos similares y no dispares. En otras palabras, contiene el mismo defecto que se criticaba antes de la sanción del código unificado, al introducir a la fórmula una variable no tradicional como es realizar una especulación futurista de las modificaciones en los ingresos del sujeto dañado que por cierto queda sujeta a la apreciación del juez con lo cual se induce a soluciones económicas dispares para situaciones de incapacidad psicofísicas parecidas porque las apreciaciones no serán idénticas.

Por otra parte, el criterio de tomar en consideración las variables de los ingresos positivas o negativas, introduce nuevas exigencias de los litigantes en un proceso de daño, dado que no solo deberán acre-

---

<sup>23</sup> ACCIARRI, Hugo A., “El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos”, DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208, AR/DOC/3626/2015; Elementos de análisis Económico del Derecho de Daños, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina, 2015, p. 293; “Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnización por incapacidad en el nuevo código”, La Ley 15 julio 2015, entre otras publicaciones.

ditar los ingresos al momento de producido el hecho dañoso que originó la incapacidad sobreviniente, sino que además deberán acreditar las probabilidades que en el futuro tenía el damnificado para obtener mayores ingresos. Y por su parte, los demandados procurarán probar que en el porvenir, la víctima, perdería su capacidad de ingresos.

La búsqueda de la perfección a través de un análisis económico del derecho, en este caso del monto del resarcimiento por incapacidad psicofísica, es una tarea loable, pero en su camino no se puede perder de vista que se está ante seres humanos cuyos destinos son impredecibles y que el ingreso al momento del hecho dañoso es una pauta cierta. El resto es especulación sobre la base de probabilidades, incluido la determinación de los 75 años como edad promedio de sobrevivida, porque ello no asegura que el damnificado vivirá ciertamente esa cantidad de años. Es por ello que cuanto el damnificado fallece durante el proceso judicial por otra causa que no tienen vinculación con el hecho generador de la incapacidad, se tiene que tener en cuenta esa fecha porque es un dato cierto que excluye la consideración de probabilidades de sobrevivida.

Sin perjuicio de la discusión de cuál de las fórmulas de la matemática financiera es la más adecuada para satisfacer los requerimientos del art. 1746, se estima provechoso conocer las vicisitudes que tiene cada uno de los parámetros que se deben aplicar en la fórmula y que el juez deberá definir con su arbitrio que se encuentra en la actualidad acotado por el constitucional principio pro hominis derivado de la operatividad de los Derechos Humanos.

### *3.4.2. Los elementos componentes de la fórmula*

El art. 1746 Cód. Civ. Com., regula 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.

El primer aspecto que debe quedar en claro es la inequívoca voluntad del legislador de autorizar la aplicación de una fórmula de la matemática financiera en este art. 1746, únicamente para calcular el monto indemnizatorio proveniente de lesiones o incapacidad física o psíquica. Su aplicación es restrictiva a esta hipótesis y no puede, sin vulnerar la voluntad de la ley, ser aplicada para calcular el daño padecido por los familiares cuando se produce el fallecimiento de la víctima, una gran discapacidad o el daño moral.

Sin perjuicio de ello, corresponde analizar, cada uno de los elementos componentes de la fórmula que, como se podrá apreciar, no puede soslayar el principal problema que es la injerencia del arbitrio judicial en la suma final resultante con lo cual el propósito básico, uniformar las cuantías en casos similares, no se podrá lograr acabadamente.

#### *3.4.2.1. Estructura de la fórmula de la matemática financiera*

El propósito básico de la fórmula de la matemática financiera propuesta es la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para ejecutar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

En principio el cálculo del capital resarcitorio debe formularse en moneda de curso legal en la República Argentina, pero por aplicación del art. 772 se podría realizar en moneda empleada cotidianamente en el tráfico comercial.

Así es expresado en el artículo antes referenciado, el cual textualmente regla que “si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

En otros términos, la cuantificación podrá ser realizada en dólares, euros, etc., pero su pago podrá realizarse dando el equivalente

en moneda de curso legal conforme el art. 765, dado que se considera a la obligación como de dar cantidades de cosas.

El otro punto importante es que con la aplicación de la fórmula de la matemática financiera la deuda de valor, como débito por resarcimiento de los daños, se transforma en una deuda dineraria por aplicación de la parte in fine del art. 772.

Otro detalle de la norma, al expresar la estructura de la fórmula de la matemática financiera, es que no determina numéricamente a sus componentes, sino que los mismos deben ser individualizados en cada caso concreto, donde será trascendente el criterio ideológico jurídico que se aplique que, de suyo, influye en la suma resarcitoria final que se conceda. Ello será descripto en los puntos siguientes.

#### *3.4.3.2. La actividad productiva o económicamente valorable incluida en la fórmula*

La norma estatuye que se tendrá en cuenta, como elemento para el cálculo de la indemnización aplicando la fórmula, a las actividades productivas o económicamente valorables.

Este mandato tiene una clara estirpe materialista porque contempla exclusivamente el aspecto económico de la persona, lo que puede producir y generar rentas, dado que el juez deberá evaluar estas labores y fijar una suma dineraria que representará en la fórmula, la remuneración mensual o anual que se colocará para el cálculo.

Y ahora vienen los primeros problemas hermenéuticos.

En el primer lugar, si es una actividad laboral bajo relación de dependencia no habría problema sustancial porque corresponde tomar la suma de los 13 sueldos (12 mensuales más el aguinaldo completo), como suma para la fórmula.

Pero si el ser humano no trabaja bajo relación de dependencia, sino en forma independiente, el acreedor deberá acreditar cuál es su ingreso anual sin aplicar, por cierto, un plus por aguinaldo porque no está contemplado para este tipo de actividad. En este caso, será una prueba muy importante las declaraciones juradas de ingresos que se hace ante la entidad pública recaudadora de impues-

tos, especialmente la categoría en la cual esté inscrita la víctima por la presunción que da esa denuncia de sus ingresos.

Este criterio de raíz materialista se olvida que la fórmula propuesta se aplicará en el ámbito civil no en el laboral. Ello viene a colación porque el ser humano, cuando se discapacita, es tanto para la realización de actividades productivas como para el desarrollo normal de su vida social. La pregunta que pone en jaque a este método es si el juez realiza una valoración de las actividades sociales que se ve impedido de realizar y le da un valor económico, traduciendo ello en una cantidad que se suma a las remuneraciones laborales o, por el contrario, lleva a cabo, el cálculo actuarial y al resultado obtenido le agrega un plus para resarcir la incapacidad para la vida social.

A esta altura de la evolución humana y más en nuestro sistema jurídico que está guiado por el contenido de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, no se puede negar en el ámbito civil que las actividades sociales que no podrá realizar la víctima por la incapacidad, deben ser resarcidas con independencia de su capacidad laboral para producir rentas.

Si no se contempla en la suma final el resarcimiento de todas las actividades que la víctima se ve impedida de llevar a cabo por la incapacidad psicofísica que le ha quedado como secuela, la reparación no será plena contradiciendo los preceptos constitucionales.

En otras palabras, el juez civil debe considerar al ser humano, no solo como un ente productor de bienes y servicios, sino como ser un partícipe de la vida en sociedad. Este criterio implica que nunca las indemnizaciones civiles deben ser inferiores a las otorgadas a los trabajadores por su incapacidad laboral pura, pues de otro modo, el sistema jurídico tiene un defecto en su estructura ideológica jurídica.

En otras palabras, para que la reparación sea plena, se debe sumar a la cantidad estimada para compensar la disminución en su capacidad laborativa, otra que compense el nivel de incapacidad para la vida social que la disminución de su integridad psicosomática le ha dejado, sea que se haga cuando se fija la suma a ponderar en la fórmula (remuneración mas una suma por la incapacidad para

la vida civil) o sumando en forma independiente al resultado de la fórmula una suma por la incapacidad para la vida civil. En todo caso se debe explicar el método para no vulnerar el derecho de defensa.

Finalmente, para remarcar que la fórmula de la matemática financiera no neutraliza al arbitrio judicial, por lo cual seguirá existiendo disparidad en las indemnizaciones para casos similares, basta traer a colación la problemática que se presenta cuando debe calcular el aporte económico que realiza una persona que tiene la actividad de ama o amo de casa. Esta actividad no tiene una remuneración fija abonada por un patrón, ni es un trabajador independiente. Por ello, será el arbitrio judicial el que, conforme a los criterios personales del evaluador, determinará la suma con la cual se compensaría esta particular actividad.

Al respecto se tiene que tener en cuenta para establecer la suma para incorporar a la fórmula, que la actividad de ama de casa es de 24 horas, es la cocinera, lavandera, planchadora, limpiadora, enfermera, etc. Además de ello, debe agregarse una suma que compense la incapacidad para la vida en sociedad, de la cual se ve impedida por la incapacidad que padece.

En este punto corresponde recordar que los tribunales laborales fueron los pioneros en la aplicación de la fórmula de la matemática financiera para calcular las indemnizaciones que les correspondía por la incapacidad sobreviniente de los trabajadores, y es la doctrina de la Corte de Justicia de la Nación<sup>24</sup> la que marca que la misma era incompleta porque no satisfacía la reparación plena ante lo cual se produjo la modificación en sus elementos con lo cual (correcta-

---

[24] CSJN, 8/4/2008, "Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL", A. 436. XL, Fallos: 331:570. En este fallo se dijo como doctrina que "La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a este un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable".

mente) la frontera entre el derecho civil y el laboral prácticamente se encuentra borrada en el tema de la responsabilidad civil.

#### *3.4.3.3. El plazo por el cual pudo continuar realizando la actividad*

Otro de los temas que trae puntos de vistas diferentes, por cuanto si se es partidario del método materialista o puramente economicista de la vida del ser humano, la edad productiva rentable será la establecida para la jubilación, que en los hombres es de 65 años y en las mujeres 60 años conforme al art. 37 de la Ley 24.241.

Sin embargo, si se considera al ser humano integrado a su medio social, no solo por el trabajo, sino por otras actividades de la cual se ve impedido de llevar a cabo por la incapacidad sobreviniente, el juez deberá tomar en cuenta la edad promedio de vida estimado según la Organización Mundial de la Salud, en 73 años para los varones y 77 años para las mujeres<sup>25</sup>.

Como se infiere, de nuevo será el arbitrio judicial el que analizará uno de los elementos de la fórmula propuesta, y la decisión que adopte puede marcar en el resultado final una diferencia dineraria sustancial, porque en los hombres existe una diferencia en el cálculo de 8 años pero en las mujeres la diferencia es de 17 años.

Sin lugar a dudas, que en la esfera civil se debe pregonar que la edad a tener en cuenta es la del promedio de vida, que en algunos fallos se adopta los 75 años, punto medio entre la supervivencia entre el hombre y de la mujer.

#### *3.4.3.4. El grado y tipo de incapacidad.*

La determinación del grado y tipo de incapacidad sobreviniente que la víctima padece, también es uno de los elementos esenciales que compone la fórmula.

En esa dirección, se debe tener en cuenta que tanto la incapacidad física como la psíquica se puede precisar en grados de mi-

---

<sup>25</sup> <http://www.infonews.com/nota/144771/segun-la-oms-la-esperanza-de-vida-en-argentina-aumento-un-promedio-de-tres-anos>.

nusvalía que el arbitrio judicial, conforme sea el resultado de la prueba producida, especialmente, la pericial debe determinar y por cierto que puede ser impugnada por las partes y, con ello, mover el resultado final de la suma resarcitoria resultante de aplicar la fórmula de la matemática financiera.

Esta graduación puede ser compleja para la decisión del juez cuando se le informen dos incapacidades diferentes, por un lado la física y, por otro, la psíquica. Al respecto se debe tener presente como punto de partida que el grado conjunto no será el resultado de la suma simple de las dos incapacidades, por ejemplo, si se da el 60 % por la incapacidad física y 20 % por la psíquica, no será el 80 % de incapacidad sobreviniente.

Conforme sean las características de cada caso, el juez deberá analizar cuál de las incapacidades es la prevalente, y sobre el remanente de capacidad, aplicará el otro porcentual. Verbigracia, siguiendo los grados dados en el ejemplo, el remanente de capacidad será del 40 % sobre el cual se le aplicará el 20 % por incapacidad psíquica, motivo por el cual resultará que en este caso el porcentual de incapacidad a indemnizar será del 68 %. Por cierto que la estimación no puede formularse en abstracto y bajo un mandato, sino que cada juez en concreto deberá analizar cuál es el grado de incapacidad que introducirá a la fórmula, teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Federal cuando sostuvo que “los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> CSJN, 8/4/2008, “Arostegui, Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL”, A. 436. XL, Fallos: 331:570.

### 3.4.3.5. *El interés aplicable a la fórmula.*

El porcentual de interés se introducirá a la fórmula debe ser analizado con una mirada de racionalidad y coherencia económica y jurídica, es. En ese sentido, si nos atenemos a la verdad económica, el interés que los bancos en la Argentina imponen para sus operaciones de préstamo de dinero es elevado, muy por encima del 8, 6 o 4 % que los tribunales aplicaron en la fórmula.

En este punto cabe advertir que esos intereses son funcionales cuando existe una moneda estable y no cuando se está frente a procesos inflacionarios, normalmente se emplea la tasa activa.

El tema complejo que se verifica realizando el cálculo con la aplicación de la fórmula de la matemática financiera es que la suma de la cuantía resarcitoria se incrementa en proporción inversa a la disminución del interés aplicable. Va de suyo, que si se aplican los intereses utilizados en la actividad bancaria normal, durante los tiempos inflacionarios, el resultado sería de una suma resarcitoria muy disminuida en su cuantía.

La aplicación de una tasa de interés pura del 4, 6 u 8 %, es un detalle relevante pero es mayor la importancia, en una economía inflacionaria, el momento cuando se define la cuantificación económica de los ingresos de la víctima por su actividad laboral y por la disminución de su capacidad para la vida en sociedad, dado que no sería igual el resultado si se toman los ingresos a la fecha del hecho dañoso ocurrido varios años antes que a la fecha de la sentencia. La fórmula no prevé un modo de actualizar o compensar la absorción por la inflación del poder adquisitivo de la moneda.

Si no se tiene en cuenta este detalle, se puede arribar a resultados económicamente injustos si en un proceso de larga tramitación se toma el valor de los ingresos al momento del accidente, y al capital obtenido se le aplican los intereses moratorios, por cuanto la suma no será igual si se toman al momento de la sentencia y se aplica el interés autorizado por el Código.

Estos detalles se marcan porque conspiran contra los principios constitucionales, en especial, el de acordar un resarcimiento pleno.

### 3.5. Cuantificación del daño derivado de la interferencia al proyecto de vida.

La autoría intelectual del daño al proyecto de vida debe ser reconocida a Fernández Sessarego, quien inspirado en la doctrina italiana se fundamenta en el principio de libertad, que es parte esencial e indisoluble de la estructura del ser humano como tal y le permite en el presente, en base a sus propias experiencias del pasado, proyectar su futuro.

Así lo expresa el propio autor cuando precisa que “la libertad ontológica es el ser mismo del hombre. La persona humana es un ser libertad. La libertad es lo que caracteriza al ser humano, lo que lo hace ser el ente que es y no otro. Ser libre es ‘ser yo mismo’. La libertad diferencia al ser humano de los demás entes del mundo. Es, por ello, el único ser espiritual, capaz de vivenciar valores”<sup>27</sup>.

A partir de esta base, sostiene respecto del “proyecto de vida” y la personalidad del ser humano que “es, un ideal por alcanzar, contando, como está dicho, con las capacidades y potencialidades de cada cual y las opciones que le ofrece el mundo circundante. Por ello, el éxito en cuanto a la realización del proyecto de cada ser humano está condicionado a que se presente y se den estas favorables condiciones. Todos los ideales del ser humano no son posibles de cumplir debido a las limitaciones propias de cada uno y de aquellos condicionamientos provenientes del mundo en que se vive. Pero, también, hay proyectos que desbordan las posibilidades reales del ser humano como aquellos nacidos de la fantasía, imposibles de realizar.

La decisión de llegar a la perfección es una meta ideal, un rumbo a seguir, un modelo de vida. Pero, bien lo sabemos, no es posible llegar a alcanzarla. No puede haber ningún hombre perfecto. Sin embargo, existe un mandato, que nace de la propia dignidad de la persona, de hacer lo indecible para aproximarse a la perfección. Es el presupuesto para realizar una vida egregia, auténtica, que valga la pena vivirla”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica”, RCyS, 2013-IV 275.

La decisión de vida adoptada por el ser humano se enfrenta con la realidad, y es allí donde se le presenta “la complejidad del proyecto de vida se percibe principalmente en dos instancias. La primera se manifiesta en el momento de decidir vivir conforme a un cierto proyecto desde que puede abarcar varias actividades simultáneamente como la profesional y la familiar. No solo se le concibe en una dirección, con un solo destino, sino que este, como en el caso propuesto, abarca dos dimensiones: el que voy a ‘hacer’ en la vida y con mi vida y si ello se hará a partir de un núcleo familiar o en forma solitaria”.

La otra instancia, como apunta Vilanova, es que aun en el caso de existir una decisión dominante en cuanto al proyecto elegido en un momento cualquiera, debe considerarse que tal decisión no va sola. Ella va “acompañada —con un grado diverso de actualidad, por supuesto— por todas las decisiones de carácter permanente que se han ido tomando en el pasado y que no han sido revocadas o, al menos, puestas en crisis”<sup>29</sup>.

Como se colige, la interferencia al proyecto de vida no tiene tradición en nuestro ordenamiento jurídico y fundamentalmente, en esta etapa de experimentación jurídica que se encuentra más allá de haber recibido consagración en los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, el problema se traslada a la determinación de cuál sería la punición civil cuando la figura se tipifica en un caso, que no siempre responde a una cuantificación dineraria la compensación, más cuando es tradición jurídica resarcir el lucro cesante y ahora con consagración normativa expresa, la

---

<sup>28</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica”, RCyS, 2013-IV 275. Además se puede consultar del autor: “¿Es posible proteger jurídicamente el proyecto de vida?”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, núm. 3, marzo 2010; en *Foro Jurídico*, año IV, núm. 84, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, y en *Revista Jurídica del Perú*, núm. 84, Lima, febrero 2008.

<sup>29</sup> Fernández Sessarego, Carlos, “Breves apuntes sobre el proyecto de vida y su protección jurídica”, RCyS, 2013-IV 275, cita a Vilanova, José M., *Proyecto existencial y programa de existencia*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 82.

pérdida de chance que sin duda impone un pormenorizado estudio a fin de no resarcir más de una vez el mismo menoscabo, aun cuando tengan una denominación diferente.<sup>30</sup>

En los fallos dictados sobre pérdida de chance, se ponderan situaciones del futuro que pueden o no llegar a acaecer que impone el deber de ser muy cuidadoso para no resarcir el mismo hecho en dos rubros diferentes, atento a la similitud conceptual que existe con la frustración del proyecto de vida.

En ese sentido, se dijo que “debe rechazarse el rubro pérdida de chance solicitado por quien sufrió lesiones al resultar golpeada por una viga de hierro en una estación de trenes, pues la sola circunstancia la sola circunstancia manifestada respecto a la privación de continuar estudiando como consecuencia del infortunio, no resulta suficiente para tener por probado el daño patrimonial alegado, ya que era menester conjugar tal circunstancia con la concreta posibilidad frustrada de obtener ascensos u otros beneficios profesionales, que hubieran significado una ganancia económica cierta para el reclamante<sup>31</sup>”.

De igual modo se entendió que “a fin de establecer la indemnización por pérdida de chance causada por la falta de reconocimiento filiatorio, resulta improcedente contabilizar los ingresos patrimoniales que el actor se vio privado de recibir al no contar con un nivel de educación superior, pues es imposible sostener que aún mediando el reconocimiento paterno oportuno el reclamante re-

---

<sup>30</sup> Zavala de González, Matilde M., “Daño a proyectos de vida”, La Ley, 2005-D, 986; RCyS, 2005 93; LLPatagonia, 2005 1153; Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tº II, p. 1271; Galdós, Jorge M., “¿Hay daño al proyecto de vida?”, La Ley, 2005-E, 1027; Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales, Tº II, p. 1285; Burgos, Osvaldo R., “El resarcimiento de los daños al proyecto de vida en el Código Unificado. Persona y reparación integral desde el enfoque de las capacidades”, RCyS, 2012-XI 17, entre otros.

<sup>31</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Capua, Romina Vanesa c. Trenes de Buenos Aires S.A. y otros”, 12/07/2010, La Ley Online, AR/JUR/41207/2010.

sultara ser un profesional destacado y económicamente acaudalado, condiciones ambas que están íntimamente ligadas al esfuerzo personal, a la voluntad, a las aspiraciones personales, a los valores morales, con absoluta prescindencia de la posición económica familiar que ostenta cualquier persona”<sup>32</sup>.

También que “la llamada “pérdida del proyecto de vida” constituye un daño que se proyecta en la esfera moral, no patrimonial y que debe ser contemplado como integrante del daño moral padecido por la víctima, configurando el aspecto moral de la denominada “pérdida de chance”<sup>33</sup>.

Esta simple muestra de algunos fallos, ponen en evidencia que cuando se indemniza la pérdida de chance futura se tiene en cuenta el proyecto de vida que el damnificado tenía planificado y del cual se ve frustrado por los daños que padeció. La concreción del mismo, conforme sean las circunstancias, tendrá mayor o menor factibilidad. Así por ejemplo, una persona que se propone como proyecto de vida ser magistrado del Superior Tribunal de una provincia, si está cursando el secundario tiene menores probabilidades de obtener la meta dado que primero se debe titular como abogado, ejercer la profesión por el tiempo establecido, tener los antecedentes suficientes, etc. En cambio, mayores serán las probabilidades si se tituló y ya tiene un cargo en la magistratura.

En síntesis, la cuantificación del menoscabo al proyecto de vida introducido a nuestro plexo normativo debe ser ponderada cuidadosamente para no incurrir en doble indemnización, debiendo fijarse el deslinde conceptual, especialmente, con la pérdida de chance que reconoce el art. 1738.

---

<sup>32</sup> Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, “S. B. c. G. T., J”, 18/02/2009, LLPatagonia 2009 (junio), 847, AR/JUR/3999/2009 (del voto en disidencia de la doctora Melidoni).

<sup>33</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “Vanneste, Paola c. Terminator SRL y otro”, 20/08/2009, La Ley 04/01/2010, 3, RCyS 2010-VI, 107 AR/JUR/32239/2009.

#### IV. La cuantificación del daño en la etapa del derecho transitorio

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, impuso tener presente el contenido del art. 7 que por su ubicación en el Capítulo Preliminar del Cód. Civ. Com., es aplicable a todas las relaciones y situaciones jurídicas regladas por el código. En el mismo se reguló, la eficacia temporal de las normas derogadas frente al nuevo régimen legal, previéndose, en términos generales que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.<sup>34</sup>

Esta indicación legal, sin lugar a hesitación, es aplicable a las obligaciones de resarcir los daños nacidas en fecha anterior a la entrada en vigencia del código unificado, dado que no se ha previsto una norma especial que regule en particular la situación jurídica que se presenta en los procesos de daños no consolidados jurídicamente, como acontece en el régimen de la prescripción (art. 2537).

A partir de ello, en la construcción de la sentencia de daño existen dos segmentos perfectamente diferenciados.

En el primero, se determina de quién o quiénes serán los sujetos responsables del deber de resarcir. Para individualizar al sujeto pasivo de la obligación indemnizatoria, se debe verificar la configu-

---

<sup>34</sup> Ver sobre el tema: ARECO, Juan Segundo, *Irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, tesis doctoral, Editorial Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires 1948, p. 193; MOISSET DE ESPANÉS, *La irretroactividad de la ley*. El nuevo art. 3 (Código Civil). *Derecho Transitorio*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, 1976, p. 19; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, *La Ley* 22/04/2015, 1, *La Ley* 2015-B, 1146, AR/DOC/1330/2015; *La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, p.158; GUDIÑO, Fernando, “La vigencia del Código Civil y Comercial en los procesos de daños en trámite”, *RCCyC* 2015 (septiembre), 17/09/2015, 107, AR/DOC/2937/2015; GALDÓS, Jorge Mario, “La responsabilidad civil y el derecho transitorio”, *La Ley* 2015-F, 867, AR/DOC/3711/2015, entre otros.

ración de los presupuestos constitutivos de la responsabilidad: daño, antijuridicidad, nexo causal adecuado y factor de atribución. Para llevar a cabo esta tarea se aplica la normativa vigente al momento del hecho dañador. Ello es así porque el hecho jurídico generador de la obligación de resarcir, se consolidó en esa época.

Cumplida la primera etapa en la elaboración de la sentencia de daño, se abre la siguiente en la cual corresponde examinar las consecuencias derivadas del hecho dañador (valoración y cuantificación del daño como deuda de valor), las cuales hasta que no queden jurídicamente consolidadas en su determinación pecuniaria, sea en sede judicial o extrajudicial, son alcanzadas por las nuevas leyes sancionadas, en el caso, por el contenido del Código Civil y Comercial.

Además se debe tener en cuenta que en el régimen actual se establece una mutación de la deuda de valor cuando la misma es cuantificada en dinero conforme está previsto en el art. 772, donde se prevé que una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones relativas a ese tipo de obligación.

Ello implica que mientras la transformación a dinero no se encuentre efectivizada y firme es una consecuencia no consolidada, razón por la cual es alcanzada por el nuevo régimen.

En juicio, mientras se discuta la procedencia del daño, su valoración y cuantía, es una situación jurídica no consolidada, razón por la cual la jurisdicción debe aplicar el régimen del Código Civil y Comercial, aún cuando el daño se hubiere producido estando vigente el Código Civil.

En síntesis, para la determinación de los responsables del deber de resarcir los daños producidos antes del 1 de agosto de 2015, se aplica el Código Civil porque el mismo estaba vigente en ese momento. Y, si el monto resarcitorio no estuviere individualizado en dinero con sentencia firme, es decir, jurídicamente consolidado en su cuantía, se rige por el régimen de valoración y cuantificación reglado por el Código Civil y Comercial.

## V. La transición normativa en la doctrina judicial de Cuyo

### 5.1. Preliminar

La transición entre el régimen legal para precisar el sujeto pasivo de la obligación de indemnizar los daños y, la posterior, valoración y cuantificación de los mismos cuando el hecho generador del menoscabo se produjo en fecha anterior a la entrada en vigencia del Código Civil al Código Civil y Comercial, no es pacífica en la jurisprudencia cuyana, pues se vislumbran dos tendencias mayoritarias que tienen como eje diferencial, la separación o no de las etapas en la construcción de una sentencia de daño.

A partir de ello, en algunos casos se entiende que la cuantificación de los daños debe llevarse a cabo conforme a las pautas del Código Civil y Comercial y en otros, solo consideran que es aplicable a los intereses por la demora en el pago.

Cuando no se discriminan las etapas se juzga, en algunos casos, que la nueva ley es aplicable para resolver todo los temas o, en sentido contrario que es aplicable la ley del momento del acaecimiento del daño.

### 5.2. Criterio que no diferencia las etapas en la construcción de la sentencia de daño

La consecuencia lógica de no reconocer que la construcción de la sentencia de daño tiene dos etapas en el razonamiento de los considerando perfectamente diferenciadas, la primera para determinar el sujeto pasivo de la obligación de abonar el resarcimiento y, la segunda, para valorar y cuantificar el daño reclamado, lleva ineludiblemente a la jurisdicción a no diferenciar en la aplicación del nuevo régimen normativo.

Así, se conocen fallos fuera de la jurisdicción de Cuyo que pregonan que se aplica el Código Civil para las dos etapas<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> CC0100 SN 11898 S, 11/08/2015, “Ortiz, Cristián Omar y otra c/ Salinas, Julio Alderman y otros s/ Daños y Perjuicios”, Juba Civil y comercial

Dentro de este esquema de no diferenciar, en sentido contrario, se estimó que el nuevo régimen era de aplicación en su totalidad para resolver una cuestión relacionada con la responsabilidad del Estado. O mejor expresado técnicamente que el Código Civil y Comercial no es de aplicación porque así está regulado en su norma-

---

B860715. En el fallo se dijo que “el juzgamiento del presente accidente de tránsito debe realizarse bajo la óptica normativa del Código Velezano, ya que se trata aquí de hechos y circunstancias consumadas con anterioridad a la novel legislación y su aplicación lisa y llana importaría de suyo establecer la retroactividad del precepto, que solo cabría admitir para las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes (cfr. art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente). Es decir que su aplicación inmediata ha de regir únicamente para los hechos que se encuentran en curso de desarrollo al tiempo de su sanción, mas no para aquellos consumados con anterioridad a su vigencia, por lo que no corresponde sea actuada en la especie, en que el suceso de marras aconteció el día 7 de junio de 2008”. En el mismo sentido: SCBA LP C 118322 S 01/06/2016, “Arrechea, Eduardo contra Polizzotto, Leonardo Andrés. Indemnización daños y perjuicios”, Juba Daños y perjuicios B4201843; SCBA LP C 117815 S 06/04/2016, “Piedrabuena, Ramona Ángela contra Delgado, Juan B. y otros. Daños y perjuicios”, Juba Civil y Comercial B4201691. En estos fallos se predicó que “tratándose de un reclamo por indemnización de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual, la cuestión debe ser resuelta de acuerdo a lo normado en la legislación vigente al momento en que se configuró el hecho lesivo (art. 7, C.C. y C.N.)”. También se puede consultar: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, “Machuca, Fredy Orlando c. Crucero del Norte SRL y otro s/ daños y perjuicios”, 25/02/2016, La Ley 2016-C, 205, RCCyC 2016 (mayo), 205, RCyS 2016-VII, 125, AR/JUR/7288/2016; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, “Mazzei, Luciano Alberto c. Del Parque Shopping Center S.A. s/ daños y perjuicios”, 26/11/2015, RCCyC 2016 (abril), 156, DJ 11/05/2016, 77, RCyS 2016-VII, 84, AR/JUR/62837/2015; CC0100 SN 12166 S 22/03/2016, “Clauser, Camilo Jonatan c/ Monterrosa, Rubén Héctor s/ Daños y Perjuicios”, Juba Civil y Comercial B861150, etc.

tiva (arts. 1764, 1765 y 1766) cuando se trata del Estado, sino las normas administrativas locales.

Este es el criterio que quedó suscripto cuando se resolvió que “el nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el 1° de agosto de 2015, en el Libro Tercero, Título V -Otras fuentes de las obligaciones-, Capítulo I, Secciones 1ª a 8ª regula las cuestiones inherentes a la responsabilidad civil, la función resarcitoria, el daño resarcible, etc.. Y en la Sección 9ª al tratar supuestos especiales de responsabilidad prevé que estas disposiciones no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1764), y que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (art. 1765). Estimo que estas normas deben ser consideradas por dos razones, a mi criterio esenciales, según doctrina sentada por nuestros máximos tribunales.

En primer lugar porque este proceso judicial aún se encuentra en trámite por estar pendiente el dictado de la sentencia definitiva, ya que la sentencia dictada en primera instancia ha sido objeto de esta apelación, lo que impone la aplicación de la normativa en vigencia. Ha entendido el Tribunal Cívero de la Provincia que: “El proceso judicial está “en trámite”, hasta que concluye con el dictado de la sentencia definitiva...” “Y con esto no se está reconociendo vigencia retroactiva a las nuevas leyes, sino, por el contrario, vigencia inmediata, para la actualidad del litigio, en el que la causa se encuentra con llamamiento de autos, pendiente el dictado de la sentencia definitiva de segunda instancia...” - (Autos N° 9359 - 81970 caratulados: “Yanzón de Graffigna Mónica y otros c/ Provincia de San Juan – Expropiación Irregular”; P.R.E. S.2ª 2012-V-905).

En segundo lugar porque como ha opinado nuestro máximo tribunal local, citando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...el juzgador debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque estas fueran sobrevinientes (P.R.E. S.2ª 2009-III-571), y en la misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene reiteradamente resuelto que debe atenderse a las modificaciones introducidas por los nuevos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible pres-

cindir (Fallos: 308:1489; 312:555; 315:123; 325:28; 326:417; 327:4495; etc.).

Criterio que ya ha sido sustentado por esta Sala IV en diversos fallos, entre otros, en autos N° 107359 (C.C. Sala IV N° 72) caratulados: "SANZ Patricia Esther y Otra C/ Provincia de San Juan – Expropiación Irregular -conexidad con exp. 98174", del Octavo juzgado Civil, Protocolo de Sent. Tomo I Fs. 19/35, Año 2014<sup>36</sup>.

### 5.3. *Criterio que diferencia las etapas*

Para otro sector de la doctrina judicial que tiene magistrados que sustentan el criterio, se estima que “resulta ineludible precisar que al momento de revisar los agravios traídos por las partes ha entrado en vigencia el Código Civil y Comercial, Ley 26.994, razón por la cual se debe tener presente el contenido del art. 7 que indica con relación a la eficacia temporal de las normas reguladoras, como regla general, en general y en especial la de la responsabilidad civil que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

En ese sentido, en distintos fallos se ha diferenciado que en la construcción de la sentencia de daño existen dos segmentos perfectamente diferenciados. El primero relacionado con la determinación de quienes serán los sujetos responsables del deber de resarcir. Y la segunda, etapa se vincula con el análisis de las consecuencias derivadas del accidente que es la valoración y cuantificación de los daños padecidos y reclamados<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Cuarta, autos 275, “Torres Rosana y otro c/ Parip Roberto y otra - Daños y perjuicios”, 05 de octubre 2015 (L. de S; T° II – 207/227) (voto Nacif)

<sup>37</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 04 septiembre 2015, autos N° 22.006 caratulados "Manrique, Margarita Antonia y Otro c/ Bargas, Juan Antonio y Otro - Daños y Perjuicios", (L. de S T° II-2015 F°15/22) (voto Alferillo adhesión Victoria); Sala Primera, autos 21.838 “Irrazabal Cuello, Víctor Exequiel c/ Guajardo Pedro Leopoldo y

A partir de ello, se juzgó que “la determinación de los sujetos responsables del deber de resarcir se debe formular en base al régimen jurídico imperante en el momento en que acaeció el hecho dañador que será la causa fuente de la obligación de resarcir. Es decir, se deben examinar los presupuestos de la responsabilidad conforme a la normativa y doctrina que informa a la misma existente a la fecha del accidente.

Ello es así porque ha quedado absolutamente agotado en su estructura normativa el hecho jurídico generador de la obligación, se ha consolidado y con ello tiene génesis la obligación de resarcir que tiene naturaleza de obligación de valor.

Con ello se puede expresar que quedó abierta para su meritación la etapa de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho dañador (Valoración y cuantificación del daño como deuda de valor), respecto de las cuales hasta que no queden consolidadas en su determinación, sea en sede judicial o extrajudicial, son alcanzadas por las nuevas leyes sancionadas. En el caso, por el contenido del Código Civil y Comercial, Ley 26.994<sup>38</sup>.

En otro caso, se declama el principio cuando se dice que “teniendo en consideración que el daño es un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (arts. 1.716 y 1.717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1.067 del anterior Código) y en el subleto aquel que ha dado motivo a este proceso se ha generado en razón de un accidente acaecido el día 23/12/09.

Por tanto, la relación jurídica se ha consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación; en consecuencia, debe ser juzgada en sus elementos constitutivos y con

---

otro – Ordinario”, 04 de setiembre de 2015 (L. de S; T° II – 2015 F°23/30). (voto Alferillo adhesión Riveros)

<sup>38</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, autos N° 22.006 (95.899), “Manrique, Margarita Antonia y otro c/ Bargas, Juan Antonio y otro – Daños y perjuicios, 04 setiembre 2015, L. de S. T° II-2015 F°15/22; autos N° 21.838, “Irrazabal Cuello, Víctor Exequiel c/ Guajardo Pedro Leopoldo y otro – Ordinario”, 04 setiembre 2015, L. de S; T° II-2015; F°23/30, entre otros.

excepción de sus consecuencias no agotadas de acuerdo con el sistema del anterior Código Civil (art. 7 del C.C. y C.N.)<sup>39</sup>. Pero la cuantificación de la incapacidad sobreviniente se lleva a cabo aplicando la normativa y doctrina anterior que se sustentaba en el arbitrio judicial y no la fórmula de la matemática financiera regulada por el art. 1746 Cód. Civ. Com.

Este criterio restringido resultó explícito en el voto donde se sostuvo que “en el caso concreto, mal puede aplicarse lisa y llanamente el mecanismo de la matemática financiera con el norte en la determinación dineraria de la indemnización reclamada, desde que deben ser valoradas distintas variables y, sobre todo, la prueba producida en autos.

Surge, sin hesitación alguna de la pericia de fs. 141/144, que la actora - como consecuencia del accidente narrado en autos-, sufre un traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, herida cortante en región frontal derecha de 2 cm de longitud; internación por dos días hasta el alta definitiva. Que la paciente, ya ha dado respuesta al tratamiento efectuado.

Merituando entonces las pericias presentadas, en armonía con el resto de la prueba colectada (dependiente como docente de la U. Católica de Cuyo, no contribuyente de AFIP, casada, dos hijos, etc.) concluyo en que la ponderación apropiada del daño inferido impone la elevación del importe de condena, en concepto de incapacidad sobreviniente (comprensiva de actividades laborales como de vida de relación) a la suma de Pesos Cuarenta Mil ( \$ 40.000); y en concepto de daño moral a la suma de Pesos Diez Mil ( \$ 10.000); importes estos determinados a la fecha del accidente, a los que deberán adicionarse los intereses fijados en la sentencia bajo recurso<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, Primera Circunscripción, 26 octubre 2015, causa N° 152.705/51.432 caratulada “Onofri, Luis Alberto y Ots c/ Hernández, Luis Gabriel y ots. p/ D Y P”, Expte: 51.432 Fojas: 412; 13 noviembre 2015, causa N°250.439/51.552, “Díaz Eva c/ Rodríguez, Mauricio Ezequiel y ot. p/ D y P”, Expte: 51.552 Fojas: 252, en este caso se entiende aplicable la nueva normativa solo para los intereses.

En síntesis, la determinación de los sujetos responsables del deber de resarcir se lleva a cabo aplicando la normativa vigente al momento del hecho dañador, es decir, que los acaecidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial serán juzgado aplicando el Código Civil. En cambio, si no hay sentencia firme lo cual implica que no está jurídicamente consolidado, se aplican de inmediato las normas del código unificado para la valoración y cuantificación de los daños reclamados que se declaran procedentes.

#### *5.4. La valoración y cuantificación del daño.*

##### *5.4.1. La nueva norma se aplica únicamente a los intereses.*

En una aplicación limitada (criterio restringido) de la nueva normativa, se considera que solo la aplicación de los intereses está sujeta a la nueva ley, entendiendo que el resto de la valoración y cuantificación se aplica la normativa anterior.

Así fue expresado cuando luego de precisar antecedentes doctrinarios se considero que “la obligación de resarcir nace cuando se configuran los presupuestos de la misma, especialmente el daño. Taraborrelli, en este sentido, dice que: “la nueva regulación legal de la responsabilidad civil extracontractual dispuesta por el nuevo Código Civil y Comercial Unificado no rige los hechos ilícitos consumados con anterioridad a su puesta en vigencia (el 1° de agosto de 2015), fecha de entrada en vigencia del nuevo código. La comisión del delito o del cuasidelito o del ilícito objetivo o subjetivo, hizo adquirir al damnificado (víctima del hecho), el derecho a la reparación del daño que era entonces resarcible, sin que la obligación resultante de reparar pueda ser agravada contra el deudor, no retaceada contra el acreedor. La adquisición y la extinción de derechos —no pueden— siendo hechos pasados, caer bajo la aplicación de la ley nueva. Es la ley contemporánea a esta adquisición o a esta extinción

---

[40] Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, autos 21.859 “Mengual Mabel Vicenta c/ Giglio, Graciela y otro – Daños y perjuicios”, 03 septiembre de 2015 (L. de S T° II-2015 F° 1/5). (Voto Victoria)

la que determina la validez y las modalidades. Ello da seguridad jurídica al tráfico del comercio jurídico, imponiéndose esta solución. (Taraborrelli, José N., Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código, LA LEY 03/09/2015, 1, AR/DOC/2888/2015).

Por el contrario, el Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata a los efectos (consecuencias) de la relación resarcitoria, tal como sucede con los intereses. Así señala Moisset de Espanés: “Esto es lo que se denomina “efecto inmediato” de la ley posterior y no vulnera el principio de la irretroactividad...” (op. Cit. P.43).

Por ello, en la presente causa, corresponde aplicar el Código Civil en todo lo relativo al nacimiento de la obligación resarcitoria (legitimación y presupuestos de la responsabilidad civil. Por el contrario, corresponde aplicar a las consecuencias (intereses) el Código Civil y Comercial de la Nación desde el 1 de agosto de 2015”<sup>41</sup>.

---

[41] Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil Mendoza, Primera Circunscripción, 13/11/2015, causa N°250.439/51.552, "Díaz Eva c/ Rodríguez, Mauricio Ezequiel y ot. p/ D y P", Expte: 51.552 Fojas: 252. Este criterio se justifico argumentando que “sabido es que el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuya aplicación, según el art. 7 es inmediata, dice en la parte respectiva: "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Moisset de Espanés enseña, sobre el art. 3 del CC, t.o. ley 17.711 cuyo texto casi literal es reproducido por el art. 7, que la clave del problema, “reside en la distinción entre los hechos constitutivos de la relación jurídica y sus efectos o consecuencias.” (Moisset de Espanés, Luis, “La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 código Civil (derecho transitorio), Universidad Nacional de Córdoba, 1976, p. 41). En igual sentido explica Kemelmajer que: “Lo importante no es la distinción entre situación y relación jurídica, porque ambas se rigen por las mismas reglas, sino las fases en las que estas se encuentran al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. Efectivamente, Roubier sostuvo que toda situación jurídica pasa por dos fases: una fase dinámica, que corresponde al momento de su constitución y de su extinción, y una fase estática, que se abre cuando esa situación produce sus efectos. ¿Qué son las consecuencias? Las consecuencias son las deri-

#### 5.4.2. *La nueva normativa de aplica a todas las consecuencias no consolidadas.*

En la medida en que no haya sentencia firme, para este criterio de amplia aplicación del Cód. Civ. Com., es factible la revisión de la valoración y cuantificación de los daños como se había precisado precedentemente. Es decir, luego de precisado quién es el sujeto pasivo de la obligación de indemnizar con la normativa del Código Civil por haber acaecido el hecho dañador antes de la entrada en vigencia del código unificado “quedó abierta para su meritación la etapa de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho dañador (Valoración y cuantificación del daño como deuda de valor), respecto de las cuales hasta que no queden consolidadas en su determinación, sea en sede judicial o extrajudicial, son alcanzadas por las nuevas leyes sancionadas. En el caso, por el contenido del Código Civil y Comercial, Ley 26.994<sup>42</sup>.

A partir de esta conceptualización no cabe lugar a hesitación que corresponde aplicar las fórmulas del art. 1746 Cód. Civ. Com., para la cuantificación de la incapacidad sobreviniente que es el rubro donde se definió un método específico para cuantificar su cuantía compensatoria, dejando de lado el tradicional arbitrio judicial.

En ese sentido, algunos pronunciamientos receptaron la transformación del sistema de cuantificar que se proponía, antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

---

vaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas.” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al art. 7, en Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación anotado, Infojus, Cdad Autónoma de BsAs, 2015, T. I)...”.

<sup>42</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 04 septiembre 2015, autos N° 22.006 caratulados “Manrique, Margarita Antonia y Otro c/ Bargas, Juan Antonio y Otro - Daños y Perjuicios”, (L. de S T° II-2015 F°15/22) (voto Alferillo adhesión Victoria); Sala Primera, autos 21.838 “Irrazabal Cuello, Víctor Exequiel c/ Guajardo Pedro Leopoldo y otro – Ordinario”, 04 de setiembre de 2015 (L. de S; T° II – 2015 F°23/30). (voto Alferillo adhesión Riveros)

El fallo que será transcripto en su mayor parte para que no pierda fuerza expresiva, se verifica claramente en el razonamiento la influencia de la doctrina imperante bajo el Código Civil con las nuevas ideas en la construcción de la sentencia.

Así el tribunal sostuvo que “en lo que respecta a la determinación de la indemnización debe evaluarse los factores como la edad, sexo, estado civil, ocupaciones habituales, nivel socio-económico, siempre ponderando lo afirmado por la Corte Suprema de la Nación que sostiene que la incapacidad debe ser objeto de reparación al margen que se desempeñe o no una actividad productiva, puesto que la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad al margen laboral, tales como el doméstico, social, cultural, deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, Fallos: 308:1109; 312:2412, S. 621.XXIII, originario, 12-9-95).

Sin perjuicio que el Código Civil y Comercial de la Nación todavía no entra en vigencia pero sin duda su pauta ponderativa debe resultar útil a los fines del establecimiento de la indemnización por incapacidad, es que tomaré en cuenta el criterio utilizado por este (art. 1746) a los fines de establecer dicho resarcimiento, es decir la determinación del capital de 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 pueda continuar realizando sus actividades.

Como las actividades las pudo retomar aunque con disminución de sus aptitudes físicas, debe ponderarse que la secuela resulta permanente por lo que debe estimarse la continuidad de dicha minusvaloración hasta el cumplimiento de su edad productiva.

Es así que la referida norma (art. 1.746 CCyCN) establece pautas para la fijación del resarcimiento mediante la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva,

permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.

Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Tratado de Daños a las Personas, t. 2a, p. 521).

En cuanto a la utilización de las referidas fórmulas las que en sus distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Las Heras-Requena", "Vuoto II" etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo – Irigoyen Testa, Matías I., "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales", Publicado en: RCyS 2011-VI, 22 ).

Siguiendo la formulación propuesta por los autores, emplearé la siguiente expresión de la fórmula:  $C = A \cdot (1 + i)^a - 1 \cdot i \cdot (1 + i)^a$  Donde "C" es el capital a determinar, "A" la ganancia afectada, para cada período, "i" la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 4%), y "a" el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima<sup>43</sup>.

Al momento de subsumir su posición al caso concreto el magistrado precisa que "en autos contamos que se trata de una persona joven (27 años al momento del examen), que trabaja en la construcción (denuncia ser albañil) o haciendo changas en un aserradero (fs. 179), por lo cual y máxime cuando se trabaja en dichos tipos de labores, resulta esencial la capacidad física al laborar con elementos cortantes (sierra, etc.); en la encuesta ambiental practicada se denuncia que cuenta con estudios primarios, que es soltero

---

<sup>43</sup> Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 8 junio 2015, autos N° 88.888/33.670 "Carranzani Matías Miguel c/ Salas Eduardo y Ots. p/ D y P" (voto Colotto)

y convive con sus padres y que además tiene una hija (Valentina) de 5 años (2012). La casa en la que habita es de material, situándose en un típico barrio de baja condición social pero que cuenta con todos los servicios. Debe tenerse en cuenta que conforme a pericia psicológica el actor se mudó y convive con su pareja y sus hijos.

Como se observa se trata de una persona de condición humilde, trabajador, con escasa instrucción escolar, económicamente activo, aunque con escasa proyección de que su situación cambie para mejor, por lo que tales elementos deben ser considerados.

A los fines de tomar como base indemnizatoria, se estima que atento a la labor denunciada y no existiendo prueba que determine especialización dentro de dicha rama, se tomará el salario promedio de una ayudante conforme a la escala actualizada a abril de 2015 del CCT 76/75 realizado entre UOCRA y la Cámara Argentina de la Construcción para la actividad de la construcción la que se calcula en \$ 35,41 el jornal básico, sin perjuicio de considerar que en autos no se ha adjuntado ni siquiera la Libreta de Fondo de Desempleo que permitiría conforme a los aportes allí realizados, estimarse cuál era el jornal diario o el haber quincenal que el actor percibía como albañil.

Sin embargo y a fin de de realizar algunos de los cálculos matemáticos usuales (las Heras – Requena, Vuotto, etc.) sobre la base del promedio del haber mensual estimado (\$ 4500 aproximadamente deducido cargas sociales) y conforme a la edad del actor al momento del accidente (27 años) y poniendo como límites la edad jubilatoria (65 años), el monto que podría arrojar es aplicando Vuoto de \$ 69.479.36, Las Heras-Requena, Polinómica y Marshall: \$ 90.641.60, Méndez: \$ 220.429.36<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 8 junio 2015, autos N° 88.888/33.670 “Carranzani Matías Miguel c/ Salas Eduardo y Ots. p/ D y P” (voto Colotto). Este tribunal en autos N° 123.839/51.071 “Quinteros Roberto Pablo c/ Nieves Pablo p/ D y P”, 12 agosto 2015, Expte: 51.071 Fojas: 262, realizó un desarrollo de las distintas fórmulas aplicables, tomando en consideración que el porcentaje de incapacidad era del 35%, el ingreso de la víctima de \$ 4500

En sentido similar otros tribunal expreso que “teniendo en cuenta las circunstancia personales de la actora, reitero 42 años al momento del accidente, empleada municipal, sufrió un síndrome cérvico – cefálico postraumático, ocasionándole una incapacidad del 20%, el monto otorgado debe ser elevado. A tal efecto, aplicaré la fórmula Méndez, como pauta para tener en cuenta sí el monto pedido en la demanda se compadece con la incapacidad sufrida. A estos fines, tendré en cuenta las características señaladas de la víctima. En autos no hay prueba de cuánto eran los ingresos de la víctima al momento del accidente, por lo tanto recurriré al salario mínimo vital y móvil a la época del accidente (\$1.240)”<sup>45</sup>.

En este caso el detalle que resalta es la fecha del salario mínimo vital y móvil, a la época del accidente. Con ello nos encontramos con la dificultad de que no se satisface el principio de reparación plena dado que se traduce una deuda de valor a dineraria a un tiempo atrás y ello trae como problemática en una economía inflacionaria de cómo mantener intangible la cuantía compensatoria de los daños. Por ello, se aconseja que se adopte el valor del salario que percibía el damnificado al tiempo del dictado de la sentencia, con el cuidado de que el interés por la mora desde la fecha del hecho dañador hasta la metamorfosis en obligación dineraria, sea el puro y, a partir de allí, la tasa activa.

Por otra parte se resolvió, por mayoría, en un fallo con cuatro votos, en los primeros momentos de vigencia del nuevo código que “para presentar su cuestionamiento a la decisión del a quo de fijar en la suma de \$ 20.000 a la fecha del accidente (21/11/2007) por considerarla excesivamente baja, el apelante propone la aplicación del método del punto que se aplica en algunas sentencias de natu-

---

y la edad al momento del accidente de 55 años. El resultado final fue el siguiente: Aplicando la fórmula “Vuoto”: \$ 150.697.78; la fórmula “Las Heras- Requena”: \$ 278261.93; la “Marshall”: \$ 278.261.93, la “Mendez”: \$ 303.558.47 y la “Fórmula Polinómica”: \$ 278.261.93.

<sup>45</sup> Cámara Segundo de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, causa N° 22.528/51.165, "Martínez Ma. del Carmen c/ Luffi Alberto Aníbal P/ D. Y P." 14 octubre 2015, LS141-250

raleza laboral argumentando que el mismo tiene un valor de \$ 4016, con lo cual llegaría a la suma de \$ 60.240.

Al respecto cabe acotar que en el ámbito de la normativa civil no se había regulado un método específico que no fuere el arbitrio judicial, de donde cada suma debe ser explicada justificándose de ese modo la cantidad de dinero individualizada para compensar cada daño. En ese sentido, evidentemente existe una queja concreta de que el monto fijado por el que no se condice con la realizada y para ello la apelante invoca la aplicación de un método de origen laboral.

En función de ello y teniendo en cuenta que se ha comenzado con una etapa de transición entre el derogado Código Civil Ley 340 y el vigente a partir del 1 de agosto de 2015 Código Civil y Comercial Ley 26.994 que debe ser tenida en cuenta a los fines de ponderar correctamente la suma resarcitoria.

En ese sentido, se debe comprender definitivamente que cuando se resarce una incapacidad sobreviniente, se debe considerar al ser humano como una integridad psicofísica-social que no solo produce bienes y servicios sino que está integrado a la sociedad viviendo en ella donde desarrolla otras actividades culturales, razón por la cual en el derecho privado debe ser axioma que jamás un resarcimiento civil puede ser inferior al que le correspondería en sede laboral.

Pero, estudiando detalladamente la evolución del resarcimiento de los daños en las distintas sedes se ha producido la paradoja de que las indemnizaciones laborales son integrales y de mayor cuantía que las civiles cuando en verdad y sin perjuicio del acercamiento a la reparación integral que se fomenta en sede laboral, las civiles deberían ser superiores o al menos del mismo monto.

En ese sentido, es válido traer a colación la evolución acontecida en sede laboral donde se llevó a cabo la mayor autocrítica es la que proviene del fuero laboral donde inicialmente se aplicó la fórmula “Vuoto” (C.N.Trabajo Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires, Sala 03, 16 de Junio de 1978, “Vuoto, Dalmero S. C/ Aeg Telefunken Argentina S/ Artículo 1113 Código Civil”, Id Infojus: FA78041799) que es repensada luego de la doctrina fijada por la

Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arostegui” (CSJN, A. 436. XL; RHE, “Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”, 08/04/2008, T. 331, P. 570.), cuando el mismo tribunal dictó el fallo “Méndez” (C.N.Trabajo de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 03, 28 de Abril de 2008, “Méndez Alejandro Daniel C/ Mylba S.A. y Otro s/ Accidente - Acción Civil”, Id Infojus: FA08040068.).

En el replanteo del contenido de la fórmula particularmente en el interés aplicable y en la edad útil de la víctima verificamos los siguientes resultados aplicando los parámetros acreditados en esta causa.

Con la fórmula Vuoto tradicional la suma resultante es de \$ 25.619,18 y aplicando la nueva fórmula Vuoto que se acerca a conceptualizaciones civiles, la suma resultante es de \$ 60.019,44 (la fórmula es  $C=a*(1-Vn)^*1/i$ . Ver, entre otras páginas Web: <http://www.garciaalonso.com.ar/vuotto.php#resultados>). Cabe explicar que para formular el cálculo se tuvo en cuenta la edad de la víctima 37 años; el promedio de vida: 75 años; el salario mínimo vital y móvil a la fecha del accidente: \$ 980; y una incapacidad total y permanente del 15%.

Como se deduce, la suma de \$ 20.000 no resarce ni siquiera la disminución para la actividad laboral de la actora, razón por la cual considero que se debe conceder la suma de \$ 60.000 a la fecha del accidente para compensar la incapacidad sobreviniente de la actora tanto para las actividades laborales como para su desarrollo en la vida civil. Así propongo sea declarado por el tribunal.

En cuanto al daño moral, fijado en la suma de \$ 5.000, sin lugar a hesitación que el nivel de sufrimiento que padeció la actora que no necesita ser acreditado por ser notorio (presunción hominis), que llevó a la determinación de una incapacidad del 15% total y permanente, la suma establecida resulta exigua razón por la cual estimo más justo que la misma sea elevada a la suma de \$ 20.000.

En síntesis, propongo que se haga lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora con costas y se fije la indemnización por incapacidad sobreviniente en la suma de \$ 60.000 y, por daño moral, en la suma de \$20.000<sup>46</sup>.

El magistrado que acompañó la mayoría sostuvo que “ingresando puntualmente en el tratamiento del recurso venido diré en primer lugar que adhiero a las consideraciones y fundamentos vertidos por el Señor Juez de Cámara Dr. P. E. A., en tanto comparto plenamente que los Jueces a la hora de realizar el mérito a fin de determinar el quantum indemnizatorio debemos atender al cambio de paradigma que se postula en el nuevo ordenamiento Civil y Comercial de la Nación, que por un lado en cuanto a modo de interpretar la ley vigente (art. 2 y 3) incorpora los principios protectorios de hombre, y en lo que hace al derecho resarcitorio (art. 1740) mantiene el principio de "Reparación Plena del Daño", prescribiendo además en forma expresa cómo debe evaluarse el resarcimiento en caso de indemnización de lesiones o incapacidad física permanente (art. 1746). Por ello, encuentro justa la indemnización propuesta para este caso”<sup>47</sup>.

Superadas las primeras dudas se consolidó el criterio que para la cuantificación de la incapacidad sobreviniente se debe aplicar las pautas fijadas en el art. 1746 del Código Civil y Comercial, aún cuando el daño fuere anterior a su entrada en vigencia mientras no haya una determinación judicial firme.

De este modo fue juzgado cuando se resolvió que “en cuanto a la incapacidad sobreviniente que es justipreciada en la suma de \$ 5.000, el demandado recurrente solo indica que la misma no está probada, razón por la cual el monto sería excesivo.

En cambio, la parte actora cuestiona la suma trayendo a colación un método empleado por algunos tribunales, en especial laborales, que hacen referencia a la valoración del punto de incapacidad. Al respecto y mas allá de que el cuestionamiento tiene parámetros ob-

---

<sup>46</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, autos 21.859 “Mengual Mabel Vicenta c/ Giglio, Graciela y otro – Daños y perjuicios”, 03 septiembre de 2015 (L. de S T° II-2015 F° 1/5). (Voto mayoría: Alferillo con adhesión de Olivares Yapur)

<sup>47</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, autos 21.859 “Mengual Mabel Vicenta c/ Giglio, Graciela y otro – Daños y perjuicios”, 03 septiembre de 2015 (L. de S T° II-2015 F° 1/5). (Voto Olivares Yapur en adhesión a Alferillo)

jetivos se debe considerar que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Ley 26.994 impone un método especial para cuantificar la incapacidad sobreviniente en el art. 1746 en el cual expresamente se ordena 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...”.

Al respecto, en el “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, publicado por la Editorial La Ley, dirigido por el Dr. Jorge H. Alterini, en el tomo VIII, págs. 278/294, se explica en el comentario al art. 1746 los componentes y la historia de las fórmulas de la matemática financiera, destacándose que la mayor autocrítica y evolución positiva en el tema proviene del fuero laboral.

En ese sentido, C.N.Trabajo Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 03(16 de Junio de 1978, “Vuoto, Dalmero S. C/ Aeg Telefunken Argentina S/ Artículo 1113 Código Civil”, Id Infojus: FA78041799) aplicaba la fórmula “Vuoto” que es repensada luego de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Arostegui” (CSJN, A. 436. XL; RHE, “ Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía S.R.L.”, 08/04/2008, T. 331, P. 570.), cuando el mismo tribunal dictó el fallo “Méndez” (C.N.Trabajo de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 03, 28 de Abril de 2008, “Méndez Alejandro Daniel C/ Mylba S.A. y Otro s/ Accidente - Acción Civil”, Id Infojus: FA08040068.).

En este último fallo se marcó a partir de aceptar el criterio de la CSJN de que la fórmula “Vuoto” que se empleaba no satisfacía la reparación plena de los daños prevista en la Constitución Nacional que había “dos observaciones internas a formular acerca de la estructura del algoritmo.

Una de ellas indica que es altamente improbable que la víctima dé a la indemnización que reciba el uso supuesto por la fórmula “Vuoto”: lo más seguro es que, según cuál sea su cuantía, la destine

a pagar deudas, a actualizar consumos postergados o a intentar algún emprendimiento personal de corte lucrativo. Esta elección corresponde a la víctima personalmente y no es apropiado interferir en ella: el uso del capital supuesto por la fórmula de referencia no tiene otro objeto que facilitar el cálculo financiero del resarcimiento del daño en este particular aspecto.

La otra observación se refiere a la edad tope con la que se aplique la fórmula. El empleo de la fórmula "Vuoto" ha tomado en cuenta hasta ahora el fin de la "vida útil" de la víctima, estimable en 65 años. Pero el hecho es que la (presupuesta) merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. Por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte, parece justificado ahora introducir esta modificación y elevar la edad tope a 75 años”.

Como se colige, en la reformulación de la fórmula impera un criterio civilista, donde se debe tener en cuenta no solo la faceta productiva de la víctima sino el menoscabo que padece para el desarrollo de su vida en sociedad, es por ello que el suscripto entiende que en sede civil y frente al mandato legal del Código Civil y Comercial vigente y aplicable al presente caso porque no se ha consumido o agotado la etapa de cuantificación de los daños, se debe aplicar la fórmula definida en el caso Méndez antes referenciado.

Pero antes de ello, corresponde verificar que en la pericial se informa de una incapacidad del 4% parcial y permanente y de que en la argumentación de la demandada no trae una opinión científica válida para desacreditar el aserto médico pericial, razón por la cual debe ser tenido como elemento para el desarrollo de la fórmula.

En la expresión de agravios de la actora se omite hacer referencia a los ingresos del actor razón por la cual, como referencia se adopta el salario mínimo vital y móvil que es una presunción de los mínimos que una persona puede económicamente producir para su subsistencia. Así a la fecha del accidente (11/01/2010), el mismo era de \$ 1500.

Con estos elementos, llegamos a la conclusión que se debe hacer lugar a la demanda por el monto reclamado de pesos catorce mil (\$14.000) que es el tope de la pretensión deducida en la demanda (ver fs. 18 vta.), aún cuando el resultado de la fórmula sea superior.

Con relación al daño moral, fijado en la suma de \$ 5.000, ninguna de las partes trae razones valederas para modificar la cuantía. En este sentido, las expresiones subjetivas de disconformidad no bastan para modificar la suma fijada<sup>48</sup>.

#### 5.4.3. *¿El juez tiene facultades para soslayar el resultado de la aplicación de la fórmula de la matemática financiera?*

Tradicionalmente, frente al arbitrio judicial imperante como método para formular el cálculo de las sumas compensatorias de los daños producidos, se elaboró especialmente por la influencia de la reforma introducida al art. 1069 del Código Civil por la Ley 17711 que la jurisdicción gozaba de la capacidad para modificar, en más o en menos, considerando la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo.

Este criterio se generalizó entendiéndose que siempre la jurisdicción tenía esa facultad final para definir la suma resarcitoria, más allá de las explicaciones racionales que se habían expresado para llegar a su cuantía.

Ello, sin duda influyó en los fallos que aceptaban aplicar la fórmula de la matemática financiera regulado en el art. 1746 Cód. Civ. Com., a los casos de daño producidos con anterioridad a la entrada en vigencia del código unificado.

Así fue expresado cuando se juzgó que “sin embargo, debo resaltar que dichas pautas de cálculo si bien resultan ser las que el Código Civil y Comercial establece, entiendo que no tienen por qué indefectiblemente atar al juzgador, sino que lo deben guiar hacia el umbral, a partir del cual el juez puede y debe realizar las correccio-

---

<sup>48</sup> Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, autos 21.838 “Irrazabal Cuello, Víctor Exequiel c/ Guajardo Pedro Leopoldo y otro – Ordinario”, 04 de setiembre de 2015 (L. de S; T° II – 2015 F°23/30). (voto Alferillo- adhesión Rivero); 04 setiembre 2015, autos N° 22.006 “Manrique, Margarita Antonia y Otro c/ Bargas, Juan Antonio y Otro - Daños y Perjuicios”, (L. de S T° II-2015 F°15/22). (voto Alferillo adhesión Victoria)

nes necesarias atendiendo a las particularidades del caso concreto (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones, t. 4, p. 318; Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 504).

La razón de dicha salvedad encuentra su fundamento, en el hecho del deber de respetar la doctrina de la Corte Provincial (Sala I) que se inclina “hacia la fijación prudencial del monto del resarcimiento, a través de la ponderación de todas las variables de incidencia, sin descartar ninguno de los métodos tradicionales utilizados como baremos o parámetros de determinación, siendo la única limitación el resultado irrazonable a que pueda conducir. En este aspecto, según la doctrina de este Cuerpo, cualquiera sea el método empleado, los parámetros rectores deben estar fijados por los principios derivados de la prudente equidad y concretamente acotados por la realidad que toca evaluar, sin que sea desechable ab initio, ningún método de fijación del daño. Es decir que, si bien ab initio no descarta la aplicación de fórmulas matemáticas, tampoco se sujeta a ellas de un modo fijo, apartándose de su aplicación cuando el resultado al que se arriba resulta irritante, ya sea por su exigüidad o excesividad”. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Sala I - Expte.: 91979 - Jofré Beatriz En J° 125.412 Jofré Beatriz C/ Luconi Ruiz Fernando Gabriel P/ D. y P. S/ Inc. Cas - 06/10/2008 - LS393-053; n° 103263 - Torres Méndez Javier Guillermo En J° Torres Méndez Javier Guillermo C/ Municipalidad de Lujan de Cuyo y ots. P/ D y P S/ Inc - 05/11/2012).

Conforme a dichos lineamientos entiendo que resulta necesario realizar el juicio de valor respecto del material probatorio alcanzado, verificando además si el monto pretendido por la actora, mediante la utilización de la fórmula matemática (fórmula de valor presente de una renta periódica no perpetua), se arriba a una suma que y conforme lo entiende la Corte Provincial no se arribe a resultados “irritantes”, en tal caso debido a su exorbitancia o su exigüidad.

En otras palabras, no corresponde otorgar a la víctima, sin más, la suma que en cada caso resulte de la aplicación de las fórmulas mencionadas, sino que si bien deberá aplicarse, deben observarse las circunstancias de la causa, resultando como se dijo ineludible

aclarar que debe exponerse las razones por las cuales se incrementa y disminuye el monto resultante, para no quedar en una mera declaración dogmática (Alferillo, Pascual E. · Valoración y cuantificación de la incapacidad sobreviniente de la persona · Publicado en: La Ley 13/11/2012 , 5, La Ley 2012-F , 357)<sup>49</sup>.

En el mismo sentido se estimó que “sobre el empleo de fórmulas matemáticas con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación dije, en la causa N° 77.141 / 36.138 caratulados “Clavero, Walter Hernán c/ Cepparo, Mirko Eduardo P/ Daños y Perjuicios (Accidente de Tránsito)” Y Sus Acumulados Autos N° 77.470 “Cepparo, Mirko Eduardo C/ Clavero P/ Daños y Perjuicios (Accidente de Tránsito)” y 77.469 “Lusetti, Ibis c/ Clavero, Walter Hernán P/ Daños y Perjuicios (Accidentes De Tránsito), dije que “...Es conocida la gran preocupación que existe, tanto en jurisprudencia y doctrina, a la hora de cuantificar los daños reclamados. Así lo señala, la Suprema Corte de Mendoza: “La determinación monetaria de los daños a la persona entraña un problema de extrema y especial dificultad, ello justifica la gran cantidad de estudios publicados sobre el tema, tanto en el derecho nacional como extranjero, en el último quinquenio [...]. Comparto, consecuentemente, la alarma de gran parte de la doctrina nacional y extranjera que busca remedios a la anarquía que rige en materia de determinación de los llamados “daños a la persona”. (SCJMendoza, sala I, 1995/03/16, “Belgrano Soc. Coop. Ltda. de Seg. y ot. en j.: Cerrutti, Olgún Adrián Rubén c. José Capel y ots.”, LS 254:149.). Sin embargo, sostiene el Máximo Tribunal Mendocino que “sea cualquiera el método empleado, los parámetros rectores deben estar fijados por los principios derivados de la prudencia y equidad, y concretamente acotados por la realidad que toca en el caso evaluar, sin que sea desechable, “ab inicio”, ningún método de fijación del

---

<sup>49</sup> Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 8 junio 2015, autos N° 88.888/33.670 “Carranzani Matías Miguel c/ Salas Eduardo y Ots. p/ D y P” (voto Colotto); autos N° 123.839/51.071 “Quinteros Roberto Pablo c/ Nievas Pablo p/ D y P”, 12 agosto 2015, Expte: 51.071 Fojas: 262, entre otros.

daño.” (SCJMendoza, sala I, “Salas Omar Ariel en J: Salas Omar Ariel c/ Angulo Hnos. S.A.”, 1997/02/10, LS 269:474. En igual sentido, del mismo tribunal, “Costa, Hugo A. y Ot. en J.: Vargas de Sconfianza, María Teresa c/ Hugo Costa y Otros”, 2001/11/05. LS 303:335).” Con la finalidad de evitar esta lotería judicial y alcanzar con la mayor objetividad posible un resultado previsible para el justiciable, las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires en septiembre de 2007, (Comisión N° 2 que abordó el tema de la cuantificación de la indemnización por daños personales), concluyeron en que “Tratándose de cuantificación del daño patrimonial a la persona, particularmente lucro cesante futuro, es necesario acudir a la utilización de fórmulas matemáticas, actuariales u otros parámetros objetivos uniformes, que permitan alcanzar con razonable grado de objetividad un resultado previsible por los justiciables. Ello, sin perjuicio de las amplias facultades del juzgador de incrementar o disminuir fundadamente el monto resultante de dicho procedimiento. La falta de parámetros objetivos produce efectos altamente perniciosos con insalvable secuela de injusticia”. Y concluí, en dicha causa, que la utilización de las fórmulas matemáticas es un elemento más a tener en cuenta a los fines de cuantificar el daño. Hoy, el Código Civil y Comercial de la Nación exige que se utilicen estas fórmulas para cuantificar las consecuencias patrimoniales de la incapacidad y del fallecimiento (arts. 1745 y 1746 CCyC.)<sup>50</sup>.

La posibilidad de alterar el resultado de la fórmula de la matemática financiera prevista para calcular el monto indemnizatorio por incapacidad psicofísica sobreviniente se ve potenciada por el contenido del art. 1742 donde expresamente se indica que “el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

---

<sup>50</sup> Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, causa N° 22.528/51.165, "Martínez Ma. del Carmen c/ Luffi Alberto Aníbal P/ D. Y P." 14 octubre 2015, LS141-250

Esta autorización a la magistratura del código unificado se contradice con sus propios postulados, dado que fue su intención, al reglar la fórmula de la matemática financiera en el art. 1746, unificar las indemnizaciones en casos similares.

Es decir, se coincide en señalar que el arbitrio actúa cuando se determinan los componentes de la fórmula de la matemática financiera (edad de sobrevivida, porcentaje de incapacidad, monto de la remuneración, interés aplicable, etc.) y, debemos agregarle que también es factible de operar cuando surja algunas de las hipótesis previstas en el art. 1742.

En otras palabras, será una tarea ardua la cuantificación equivalente de los resarcimientos indemnizatorios para casos similares.

Sin duda el contenido de estos pronunciamientos pone en la mesa del debate a la problemática.

#### *5.4.4. El problema de la justicia rogada en el derecho transitorio*

Otro de los temas que surge de la atenta lectura de los fallos regionales transcripto está relacionado con el principio de congruencia que se presenta bajo la característica de la “justicia rogada”.

En ese sentido se sostiene que “por otra parte debe tenerse en cuenta que este Tribunal en actual confirmación, ha sostenido que la suma reclamada en la demanda y no elevada en los alegatos fija el techo posible del resarcimiento, no solo por principio de congruencia sino por imperio del de justicia rogada (3° C.C., autos n° 34.930, “Lucero, Diego Eduardo y otros c/ Carabajal Núñez, Rubén Alberto y otros p/ daños y perjuicios”, 15/04/2015; n° 50.899, Silva, Pablo Alberto c/ Canizo, Gustavo Luis p/ d. y p.”, 04/06/2015).

En dichos antecedentes, el colega preopinante al cual adherí, consideró que el principio de justicia rogada, el cual si bien no se encuentra explícito como tal en ninguna norma procesal, como sí lo está en modernos ordenamientos rituales (por ejemplo: art. 216, Ley de Enjuiciamiento Civil de España), surge como derivación del principio dispositivo que domina todo el proceso civil.

Aunque si bien en cuanto al turno de la aplicación estricta de dicho principio de rogación y frente a la manera actual de observar

el principio de congruencia (evidentemente en crisis) el rigor procesal ha desaparecido en aras de la “justicia del caso”, por lo que me permito incluso ampliar el coto que consideró mi colega, resultando propicio aún que se hubiese justificado, al menos en esta instancia recursiva la adecuación actual de los montos solicitados al momento de demandar.

Por consiguiente y frente a dicho monto establecido y frente a que la utilización exclusiva de las fórmulas otorga una suma excesiva conforme a los padecimientos y secuelas irrogadas por el accidente, lo que habilita a su reducción por este Tribunal de Apelación, es que considero que y a tenor de las facultades previstas por el art. 90 inc. 7° C.P.C. estimo justo otorgar la suma de pesos treinta mil (\$ 30.000) al día de la sentencia de primera instancia”<sup>51</sup>.

La primera observación que corresponde realizar al principio de “justicia rogada” cuando se demanda el resarcimiento de los daños que sufrió una persona que la pretensión reclamada, es una deuda de valor no una deuda de dinero.

Este es el primer punto que se debe aceptar, pues no se reclama una suma de dinero sino se requiere la compensación satisfactiva por el menoscabo padecido en la integridad psicofísica – social de la persona. Es decir, una obligación de valor que mediante el procedimiento judicial se determinará primero, quién será el sujeto pasivo de la obligación de indemnizar y luego qué y cuanto deberá indemnizar.

Ello, en la actualidad jurídica es muy claro conforme el contenido del art. 772 donde se regla que “si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

---

<sup>51</sup> Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza, 8 junio 2015, autos N° 88.888/33.670 “Carranzani Matías Miguel c/ Salas Eduardo y Ots. p/ D y P” (voto Colotto).

Es decir, en realidad cuando se coloca una suma dineraria para reclamar el resarcimiento del daño, ello no debe ser interpretado como que se está reclamando una suma de dinero sino que en realidad se acciona por el pago de una deuda de valor que de suyo tiene una naturaleza absolutamente distinta.

Además de ello, en una sociedad presidida por una economía inflacionaria que inclusive llega a tener cambios de signo monetario, la suma reclamada originalmente por defecto de dicha economía anómala pierde su capacidad adquisitiva y deja de ser representativa del valor indemnizatorio requerido.

En otras palabras, y sin perjuicio de continuar observando la invalidez del principio de “justicia rogada” cuando se trata de resarcir un daño a la persona, en estricta justicia no se vulnera el principio de congruencia si se fija una suma indemnizatoria superior al monto reclamado cuando aplicando los componentes de la fórmula a la cotización actual, entendiéndose a la fecha de la sentencia, se llega a esa cuantía.

## VI. Conclusiones

La puesta en vigencia del Código Civil y Comercial motorizó a todos los actores del Derecho a revisar los dogmas elaborados por el largo imperio del Código Civil, a la luz de la nueva normativa.

Entre ellos, revisar si realmente la normativa particular del Cód. Civ. Com., se adecua a los principios liminares que el propio código reglamenta, como es básicamente el *in dubio pro homini*.

Todo ello, en el marco de la responsabilidad civil tiene dificultades propias por los márgenes imprecisos de la materia, especialmente al momento de determinar cuál es el monto que se estima justo para compensar el daño psicofísico-social que sufre un ser humano.

La tarea no es sencilla para la magistratura. Todo lo expresado es solo el principio de un largo derrotero que deberá transitar la doctrina de los autores y la jurisprudencia en busca de la solución más justa para cada caso.



**Expensas Comunes, especial referencia a los art.  
2048, 2049 y 2050 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

AB. ERICA VON ZEDTWITZ (MENDOZA)



## I. Introducción. Nociones generales

El Código civil y Comercial de la Nación, introduce numeroso cambios en relación al derecho real de propiedad horizontal haciendo eco de la doctrina y jurisprudencia desarrollada sobre el tema luego del dictado de la Ley 13. 512, que reclamaba el cambio realizado.

También en cuanto a las expensas comunes y en especial al tema que nos ocupa el crédito de las mismas se han introducido cambios y aportes que desarrollaremos en el presente trabajo.

Podemos definir a las Expensas comunes como el conjunto de gastos originados a consecuencia del mantenimiento normal del Consorcio, y que son sufragadas por los aportes obligatorios que realizan los Copropietarios.

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 2048 se refiere expresamente a las expensas comunes y dispone:

“Gastos y Contribuciones: Cada propietario debe atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional.

Asimismo, debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador por la ley, por el reglamento o por la asamblea.

Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.- Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.

El certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si existe, es título ejecutivo para el cobro de las expensas y demás contribuciones.”

Este último párrafo, considero ha sido una solución razonable y acorde a los tiempos que vivimos, pues resulta inadmisibles, que la persona que administra puede certificar lo que ella misma liquida.

La nueva normativa, a diferencia de la Ley 13.512 distingue expresamente entre expensas ordinarias y extraordinarias.

Las expensas ordinarias son las que demanda la administración, reparación o sustitución de las cosas o partes comunes o los bienes del consorcio para mantenerlas en buen estado de seguridad, comodidad, decoro y también aquellas impuestas al administrador por la Ley, el reglamento o la asamblea, estas últimas resultan ser una innovación de la nueva Ley.

Esta última previsión, ha merecido ya algunas críticas, ya que impondría mayores erogaciones a los consortes cada vez que al desconocerse la naturaleza de las obligaciones por las que deba responder el administrador, el consorcio debería hacerse cargo, por ejemplo de las multas impuestas al administrador por los registros de administradores. ..<sup>1</sup>

Pero a su vez la limitación impuesta por la ley resulta de vital importancia de modo que si bien se mantuvieron como expensas esos gastos originados en obligaciones impuestas al administrador, se les puso un límite, de modo que las obligaciones quedaron limitadas a aquellas "impuestas al administrador por la ley, por el reglamento, o por la asamblea".

Cabe señalar que, para que un gasto sea considerado ordinario, NO necesariamente debe originarse en forma mensual o bimestral, -tal como el pago de los Sueldos del personal dependiente y de los Servicios-, sino que debe mantener una constante en la línea del tiempo, siendo su erogación indiscutiblemente necesaria para beneficio de la entera comunidad consorcial.

Por otro lado tenemos las expensas extraordinarias que son todas aquellas dispuestas por la asamblea y al igual que la ley 13.512 no determina cuales serían los supuestos.

Podemos igualmente determinar que son aquellas que por su monto o condición exceden el gasto normal previsto, que se efectúan generalmente por única vez.

---

<sup>1</sup> Kiper Claudio, "El proyecto de código Civil y Comercial de 2012 y el derecho de propiedad horizontal", pág. 215"

Surgen ante la necesidad del Consorcio de afrontar gastos que están más allá del común de lo ordinario. Pueden crearse en base a un hecho fortuito de carácter no urgente; para reponer el fondo de reserva o de acuerdo a una acción planificada (por ej: pintar el edificio para fin de año; renovar matafuegos o ascensores; etc.).

Dentro de los gastos extraordinarios podrán contemplarse, además, aquellas reparaciones que, por su dimensión y costo, requieran de una erogación especial que escapa al costo del promedio de las expensas ordinarias mensuales.

Podemos decir que es un deber de contribución de los espacios comunes

Ahora bien, el art 2048 debe correlacionarse con el art. 2046 del CCyCN en el sentido que el pago de las expensas extraordinarias solo resultan obligatorio para el legitimado pasivo a su pago si las mismas resultan de una decisión asamblearia válida en tal sentido<sup>2</sup>

El otro tema que regula la última parte del art. 2048 del CCYCN dispone que el certificado de deuda emitido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios es título ejecutivo teniendo el mismo privilegio especial.

El consejo de propietarios a que se refiere la Ley es una creación facultativa de los propietarios por lo que la aprobación del certificado por ese consejo solo hace a la habilidad de dicho documento en la medida de la existencia de dicho consejo.

Muchos códigos procedimentales, prevén la ejecución del certificado de expensas, y los que aún no lo prevén como el código de Santa Fe, para gozar de ejecutividad el título los mismos debe emanar del administrador y estar aprobado por el consejo de Administración si existiere.

## **II. El crédito por expensas su naturaleza**

En cuanto a la naturaleza jurídica del crédito por expensas, la gran mayoría de los autores prefieren considerarla obligaciones propter

---

<sup>2</sup> Pepe Marcelo Antonio, Las Expensas Comunes, AR/DOC/2116/2015

rem, que son aquellas que nacen y se extingue con el nacimiento, transmisión de la titularidad real o posesoria de la cosa sobre la que recaen y por cuya relación se le imponen al poseedor o el titular de un derecho real ejercitable por la posesión<sup>3</sup>

Las obligaciones propter rem tiene dos caracteres fundamentales: La ambulatoriedad ya que la calidad de acreedor y deudor cambia según la relación sobre la cosa, y la posibilidad de abandonar la cosa por parte del deudor quien de ese modo se libera de la obligación. Es decir: La obligación sigue a la cosa y no a la persona, por eso lo de la ambulatoriedad.

El art. 2049 del CCCN dispone: “Defensas. Los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición, por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional. Tampoco pueden rehusar el pago de expensas o contribuciones ni oponer defensas por cualquier causa, fundadas en derechos que ellos invoquen contra el consorcio, excepto compensación, sin perjuicio de su articulación por la vía correspondiente. El reglamento de propiedad horizontal puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tienen acceso a determinados servicios o sectores del edificio que generan dichas erogaciones.”

Este artículo contiene diversas cuestiones analizar:

Las expensas devengadas antes de la adquisición del derecho real por el actual propietario y la posibilidad de renuncia al uso y goce de los bienes y servicios comunes y la facultad de abandono de la unidad funcional.

Las defensas oponibles al consorcio para rehusar el pago de expensas.

La posibilidad que ciertas unidades funcionales resultan exentas parcialmente de su pago.

---

<sup>3</sup> Pepe Marcelo Antonio, Las Expensas Comunes, AR/DOC/2116/2015

1. La primera cuestión, referida a las expensas devengadas antes de la adquisición por el actual propietario: el titular del derecho real de propiedad horizontal responde con todo su patrimonio si es sucesor universal y solo con la cosa si es sucesor singular.

Cuando ese derecho real es transmitido, el nuevo adquirente se obliga a pagar las expensas que se devenguen en el futuro. En caso de existir deudas por tal concepto correspondientes a períodos anteriores a esa adquisición, no puede liberarse de su pago, según lo dispone expresamente el art. 2048.

Cuando la transmisión es forzosa, el problema se plantea cuando las sumas obtenidas de la subasta, descontados los gastos de justicia, no son suficientes para cancelar las deudas por expensas comunes impagas.

En este sentido las respuestas emanadas de la jurisprudencia nacional perfilaron dos líneas opuestas, lo cual motivó la convocatoria a plenario y el dictado del fallo recaído en la causa "Servicios Eficientes S. A. c. Yabra, Roberto". El voto de la mayoría recepta aquella corriente doctrinaria y jurisprudencial según la cual la deuda por expensas sigue al inmueble aún en el caso de subasta, de ello se sigue que el adquirente en remate debe responder por dicha deuda si el precio de venta de la cosa resulta insuficiente.

Esta conclusión es precisamente la postura que recepta el art. 2049 cuando pone en cabeza del propietario la obligación de pagar expensas comunes devengadas antes de su adquisición, originada en una enajenación forzosa (subasta judicial).

En referencia a la imposibilidad de abandono, determina la norma que el propietario obligado al pago de las expensas comunes no se libera mediante el abandono, ello implica que aunque técnicamente abandonara su piso o departamento y en consecuencia dejara de ejercer sobre él sus facultades como titular del derecho de propiedad horizontal, continúa obligado no solo con la cosa misma sino con todo su patrimonio al pago de los gastos comunes.

Ahora bien, autores como Kiper consideran que la solución legal está mal, que se trata de un error, o que se pretende cambiar el régimen actual. Tampoco parece establecer la responsabilidad limitada a la cosa. Sostiene que si bien en el régimen actual no hay

liberación por el no uso ni por el abandono, si el titular abandona o transmite de otra forma el derecho real, si se libera de las expensas devengadas antes de su adquisición que le vinieron con la cosa y con ella se van. Una suerte o variante de las obligaciones propter rem, máxime si se tiene presente que cuanto la deuda es ajena, es decir que se devengó en cabeza de otro titular, el adquirente solo responde con la cosa y no con todo su patrimonio. Ahora bien, si se acepta que por la obligaciones devengadas durante la titularidad del antecesor se responde solo con la cosa, no tiene sentido establecer que el titular de la unidad no se libera de ellas “por enajenación Voluntaria o forzosa, ni por abandono de su unidad funcional”. Respecto de las devengadas antes de su titularidad, sí o sí debe liberarse, pues solo responde con la cosa y esta ya salió de su poder. ¿Con qué va a responder? El consorcio acreedor ya no tiene garantía sobre la cual ejecutar el crédito, por lo que es absurdo que no se libere. Distinta es la situación de las devengadas durante su titularidad. Aunque enajene la unidad, de tales deudas no se libera, y responderá con el resto de su patrimonio. Por lo que cabe entender que ha habido un error en la primera parte del art. 2049 del CCCN.<sup>4</sup>

2. En cuanto a las defensas oponibles al consorcio, la norma determina que no pueden oponer defensas contra el consorcio, salvo compensación, la que de ser impuesta deberá contar con las condiciones establecidas en el art.923 del CCCN, el cual establece como requisitos: que las partes de la obligación deben ser deudoras la una de la otra, existir homogeneidad en los objetos comprendidos en las prestaciones recíprocas y los créditos recíprocos deben ser exigibles y libremente transmisibles, sin que resulte afectado el derecho de terceros.

3. El último párrafo del artículo se refiere a la exención parcial, basado considero en principios de proporcionalidad e igualdad de los gastos de mantenimiento de los bienes comunes, es decir cada uno

---

<sup>4</sup> Kiper Claudio, “El proyecto de código Civil y Comercial de 2012 y el derecho de propiedad horizontal”, pág. 215”

queda obligado en proporción a su derecho sobre las partes comunes.

Por ejemplo si unidad no posee agua potable podría ser eximido de contribuir a ese gasto. Ahora bien tal eximición debe surgir expresamente del reglamento y estar justificada.

Uno de los parámetros a tener en cuenta es la calidad de las partes comunes respecto de las cuales se generan los gastos: todos los propietarios deben participar en los gastos de mantenimiento y conservación de las partes comunes indispensables para la existencia y seguridad del edificio en tanto que, respecto de aquellos que confieren mayor comodidad, es posible discriminar entre las unidades funcionales que puedan utilizar esos servicios porque tienen en sus departamentos las instalaciones adecuadas para ello, de aquellas otras que no tienen acceso a esos beneficios, en cuyo caso quedarán eximidos de la contribución a los gastos normales de atención y mantenimiento de tales servicios.<sup>5</sup>

### III. Obligados al pago

El art. 2050 dispone: “Obligados al pago de expensas. Además del propietario, y sin implicar liberación de este, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los que sean poseedores por cualquier título”.

La norma acertadamente amplía los sujetos pasivos obligados al pago, y así tenemos que quedan comprendidos, el titular registral y el poseedor por cualquier título.

Sin embargo la existencia de otros legitimados no excluye de responsabilidad al propietario, pues estamos ante un supuesto de obligación concurrente, por lo que el consorcio acreedor podrá demandar al titular registral únicamente o a ambos, siempre tendrá en estos casos dos deudores.

Mención especial merece el usufructuario, quien expresamente el CCCN lo manda a pagar los impuestos, contribuciones y expen-

---

<sup>5</sup> Universojuris. com - Código Civil y comercial Comentado 2015

sas comunes (art. 2148 CCCN) situación que no se daba con el régimen anterior.

Quedan comprendidos también el poseedor con boleto de compraventa, si bien ya la jurisprudencia y la doctrina en numerosos casos habían receptado este concepto al incluirlos dentro de los legitimados pasivos.

Se debe tener en cuenta, que las estipulaciones firmadas entre poseedor y titular registral no le son oponibles al consorcio acreedor, primero por lo normado por el art. 2049 del mismo cuerpo legal y además porque tales estipulaciones tienen el carácter de res inter alios acta.

Por último, no estarían incluidos por lo tanto los meros teneedores, ni los poseedores sin derecho.

#### **IV. Conclusiones**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia reclamaban ya hace varios años los cambios realizados en este tipo de obligaciones, modificaciones que con aciertos en su gran mayoría ha receptado el Nuevo Código.

Ahora bien, considero al igual que varios autores que quedan cuestiones que debatir y que seguramente la doctrina y la jurisprudencia de aquí en adelante enriquecerán con su aporte a la nueva normativa sobre expensas comunes y despejaron las dudas que sobre el tema han suscitado.

**El fuero de atracción en las acciones personales del  
acreedor del causante y el Código Civil y Comercial de la Nación**

MG. CARLOS H. PLANA (SAN JUAN)



## I. Preliminar

Uno de los grandes logros del flamante Código Civil y Comercial de la nación, ha sido la sistematización y clarificación de tema Sucesorio, aggiornando disposiciones de fondo con las disposiciones procesales necesarias para lograr la finalidad de dichas normas de fondo, cuestión que pone orden y claridad, sobre todo ante la dispersión de criterios que podrían existir en los Códigos Procesales locales en cuanto a los procesos sucesorios<sup>1</sup>.

Sin embargo, grande es la sorpresa cuando observamos que el legislador del CCCNación, no incluyó a las 'acciones personales contra el difunto' en los supuestos de desplazamiento de competencia del denominado 'fuero de atracción' en el artículo 2336 del CCCN, como sí lo hacía expresamente en el artículo 3284 inciso 4to. del anterior Código Civil.

Este trabajo tiene por objeto aportar algunas ideas sobre las interpretaciones que puede suscitar dicha 'omisión' y exponer la opinión de quien suscribe, agradeciendo desde ya la invitación que amablemente ha realizado para ello por el Dr. Pascual Alferillo.

## II. Introducción. El derecho hereditario de tradición romanista

Siguiendo a Zannoni<sup>2</sup>, decimos que "en nuestro derecho positivo se ha nutrido de la tradición romanista y del concepto conservador de las relaciones jurídicas. El Código de Vélez adhirió sin ambages, a los postulados de la sucesión en la persona. Dispuso el artículo 3417 del Código Civil que el heredero continúa la persona del di-

---

<sup>1</sup> De Oliveira, Juan José, "El Proceso Sucesorio en el Código Civil y Comercial", RCCyC, Año I, Nro. 02, Agosto de 2015, p. 13 y sgtes., Ed. La Ley.

<sup>2</sup> Eduardo A. Zannoni, "Alguno Aspectos del Derecho Sucesorio en el Nuevo Código Civil", "Claves del Código Civil y Comercial", 2015 Número Extraordinario", Revista de Derecho Privado y Comunitario", Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 372/373.

funto, y es propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión...”.

El primer párrafo del artículo 2280 del Código Civil y Comercial dispone ahora que “Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor”.

Es claro pues, que del texto del artículo 2280 del Código Civil y Comercial, la reforma continúa la tradición romanista de la sucesión en la persona. Y el sistema de la sucesión en la persona del causante parte de la premisa de que el o los herederos quedan emplazados, a partir de la muerte del de cuius, como sujetos de las relaciones jurídicas que tenían por titular al difunto. Es decir, que la muerte del titular del derecho no extingue las relaciones sino que estas subsisten continúan en cabeza del heredero o de los herederos. Esta situación puede suceder “ipso iure” (investidura de pleno derecho, art. 2337 del CCCNación) ó por “decisión judicial” (art. 2338 del CCCNación).

### **III. El Fuero de Atracción en las Acciones de los Acreedores del Difunto como orden público procesal y consecuencia del sistema de sucesión en la persona**

El artículo 3284 inciso 4to. del Código Civil decía que: “La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto. Ante los jueces de ese lugar deberán entablarse: ...4° Las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia”.

El denominado “fuero de atracción” ha ido considerado de “orden público”, que modifica las reglas de la competencia, concentrando ante el juez del sucesorio, las demandas deducidas contra el causante, en beneficio de sus herederos y acreedores. El fuero de atracción es de orden público, cuya función es reglar excepcionalmente la competencia en razón de la materia, para lo cual, y con el objeto de facilitar la liquidación de la herencia, la división de los bienes y el pago de las deudas, concentra ante un mismo tribunal las demandas contra la sucesión aún indivisa<sup>3</sup>.

Es decir, que el fundamento del “fuero de atracción” no es de tinte filosófico ó ideológico, sino práctico, esto es, concentrar ante un solo juez (el del sucesorio) todas las demandas y asuntos concernientes a los bienes que integran el acervo del causante, para facilitar la liquidación de la herencia, la división de bienes o el pago de las deudas. El propósito práctico del fuero de atracción es la concentración ante un mismo magistrado que entiende en el principal, en principio, de todas las causas que involucren el patrimonio transmitido como universalidad. Ello, en cuanto esas acciones posean virtualidad potencial de incidir sobre la meta de transmisión. Esta causa de desplazamiento de la competencia hace al llamado “orden público procesal sucesorio”, materializado en el denominado ‘fuero de atracción’<sup>4</sup>.

#### **IV. El fuero de atracción y el Código Civil y Comercial**

En el Capítulo II) de este trabajo, concluimos que el sistema del nuevo Código Civil y Comercial mantiene el ‘sistema de la sucesión

---

<sup>3</sup> López Mesa, Marcelo J., “Código Civil y Leyes Complementarias, anotados con jurisprudencia”, Tomo IV, Ed. Lexis Nexis, p. 389

<sup>4</sup> “Considerando que las normas de orden público atienden intereses generales y que ello no implica intereses universales, se justifica el contenido de las disposiciones de este orden en un derecho que atiende el interés general del grupo denominado familia en el cual el estado basa la organización social, no siendo este el único elemento tenido en consideración, pues existe un interés social amplio en la certeza de la consecuencia de continuidad de los negocios del causante, pues si ello no fuese así, no existiría el crédito ni las obligaciones de cumplimiento continuado. Recordemos que la muerte constituye el hecho generador de la producción más intensa de efectos jurídicos. Desencadenamientos de tal ímpetu provocan la creencia de la necesidad de normas que regulen sus circunstancias atendiendo todo cambio que pueda privar de armonía la interrelación social” (Córdoba, Marcos, “Orden Público en el derecho Sucesorio”, La Ley 18 de Noviembre de 2015, Edición Aniversario, p. 3).

de la persona 'de sistema romanista. Por ende, es lógico que se mantenga el 'fuero de atracción' para atender ordenadamente todo lo que haga a la herencia del difunto.

Ahora bien: el actual Artículo 2336, 2do. párrafo del CCCN, establece la "competencia" del juez del sucesorio para entender en las cuestiones que enumera dicha norma, a saber: "acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición".

Esta norma, -a diferencia del anterior artículo 3284 inciso 4º del Código Civil-, elimina de su texto la competencia del juez del proceso sucesorio referida a las "acciones personales contra el causante". Es decir, no se menciona en el citado artículo al juez competente para intervenir en las acciones personales contra el causante, lo que genera incertidumbre acerca del juez ante el cual debe tramitar<sup>5</sup>.

## **V. Interpretación de la voluntad del legislador del CCCN sobre competencia del juez del sucesorio en las acciones personales contra el difunto**

Debemos plantearnos como punto de partida del análisis, el siguiente interrogante: Al eliminar el nuevo Código Civil y Comercial de la competencia del juez del sucesorio (fuero de atracción) a las "acciones personales contra el causante" que traía el anterior artículo 3284 inciso 4to. del Código Civil, la voluntad del legislador ha sido la de "excluir" este tipo de acciones del denominado "fuero de atracción".

---

<sup>5</sup> Bueres, Alberto J. (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado", Tomo 2, Ed. Hammurabi, 3era. Reimpresión, 2015, p. 537; Peyrano, Jorge, ¿Debería ser considerado subsistente el fuero de atracción pasivo del sucesorio respecto de las acciones de los acreedores del causante?, LA LEY 16/05/2016, 16/05/2016, 1 - LA LEY 2016-C, 1265. Cita Online: AR/DOC/883/2016.

Esta ‘omisión’ del legislador puede interpretarse, a mi criterio, de tres modos:

A- La ‘omisión’ de legislar el fuero de atracción en forma expresa, implica que el mismo, -como instituto de practicidad procesal,- ha dejado de ser indisponible como ‘regla general’ para los acreedores del causante.

Recordemos que uno de los métodos de interpretación de la ley es el denominado “auténtico”, que expresa que “no se puede presumir la incoherencia o la falta de previsión del legislador”, sino que, en este caso, la “omisión” de incluir en el artículo 2336 del CCCN a las acciones personales del causante como competencia del juez del sucesorio, responden a un sentido. La CSJN<sup>6</sup> ha dicho que “Cuando la ley emplea determinados términos u omite, en un caso concreto, hacer referencia a un aspecto, es la regla más segura de exégesis la de que esos términos o su preclusión no son superfluos, sino que se ha realizado ello con algún propósito, porque, en definitiva, el fin primordial del intérprete, es dar pleno efecto a la voluntad del legislador”.

“La incongruencia o falta de previsión no se suponen en el legislador”<sup>7</sup>, por lo que si el legislador del CCCN omitió incluir COMO REGLA GENERAL en el segundo párrafo del artículo 2336 a las acciones personales contra el causante dentro de la competencia del juez sucesorio, ellas deben quedar excluidas.

Y decimos que ello se sostiene como REGLA GENERAL, ya que como excepción el legislador sí las incluyó como “opción a favor del acreedor” en el último párrafo del artículo 2336, para los casos de heredero único.

Con lo cual, es válido concluir en esta postura, que la exclusión que el artículo 2336 del CCCN ha hecho de las acciones “personales contra el causante”, sacándola COMO REGLA GENERAL de la competencia del juez del sucesorio, no se puede presumir como un

---

<sup>6</sup> CSJN, 21-4-1992, “Parada, Aidée c- Norambuena, Luis E.”, RED, 27.

<sup>7</sup> CSJN, 20-12-1994, “Figueroa, Julio c- Provincia de Buenos Aires”, JA, 1996-IV, sint.; CSJN, 30-04-1996, L.L. 1998-A-666, nros. 573 y 574.

simple “olvido” del legislador, sino como una voluntad explícita de que dicho tipo de acciones no queden atrapadas por el fuero de atracción. Si la intención del legislador hubiese mantener dicha competencia como REGLA GENERAL, la hubiese incluido, y no establecer la “excepción” como lo hace para los casos de heredero único en el último párrafo del artículo 2336 CCCN.

Se ve, de este modo, debilitado el “sistema de sucesión de la persona” en cuanto a la atribución unívoca (centrífuga) de competencia a favor del juez del último domicilio del causante, y se entrevé un resquicio difícil de comprender en su sanción (¿por omisión?), defendible únicamente no ya desde el punto de vista irrefutable del fuero de atracción (que siempre es competencia de “excepción”), sino a través de cuestiones de CONEXIDAD y MEJOR SERVICIO DE JUSTICIA.

B- Siguiendo el camino contrario, es decir, interpretando que el fuero de atracción para las acciones personales del causante no se modificó, y, aunque omitidas en la letra del artículo 2336 del CCCNación, - las mismas deben tramitar ante el juez del Sucesorio.

Para llegar a esta conclusión, se parte de un razonamiento contrario al desarrollado en el Punto anterior: La premia de la cual parte este razonamiento es que como el legislador solo excepciona del fuero de atracción al acreedor del causante en caso de heredero único (artículo 2336, segundo párrafo del CCCNación), todos los demás casos de acciones personales de acreedores del causante quedan comprendidos en el fuero de atracción. Es decir, para este razonamiento, el fuero de atracción es la REGLA GENERAL de competencia en caso de acciones personales de acreedores del causante, y solo es disponible el mismo para el caso de sucesión con heredero único. Lo expuesto se fortalece con la norma contenida en el artículo 2340 del Código Civil y Comercial que ordena convocar a los acreedores al juzgado del sucesorio y el del artículo 2356 que indica que los acreedores del causante que no son titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión<sup>8</sup>. Esta es la tesis que ha adoptado la Corte de Justicia de la Nación al señalar que el fuero

---

<sup>8</sup> Córdoba, Marcos, “Orden Público...”, cit., p. 3.

de atracción en las acciones personales de los acreedores del causante se ajusta a la normativa del nuevo CCCNación<sup>9</sup>.

C- Una tercera posición, o, mejor dicho, fundamentación para sostener el fuero de atracción en el caso de las acciones personales de los acreedores del difunto, aún a falta de normativa expresa en el nuevo CCCNación que así lo imponga, sería la siguiente: Las acciones personales contra el difunto tramitarán fuera de la órbita del juez del último domicilio del difunto, ya que no están expresamente incluidas como regla de excepción en el fuero de atracción legislado en el artículo 2336 del CCCN. Pero pueden llegar a integrar ese universo de competencia excepcional, si se la funda en cuestiones de CONEXIDAD y PRACTICIDAD (que, - como vimos supra, - no es más ni menos que el fundamento del legislador al legislar el fuero de atracción) PROCESAL, para evitar desgastes jurisdiccionales inútiles, si en definitiva se trata de llevar a cabo del mejor modo posible la finalidad de un proceso sucesorio, según las claras palabras del artículo 2335 del CCCN y el principio de unidad e indivisibilidad del patrimonio<sup>10</sup>. Y esas razones de conveniencia práctica que fundan el orden público procesal del fuero de atracción con desplazamiento de las reglas generales de competencia, tienen sentido en tanto y cuanto el Código regula a la sucesión bajo el sistema de 'sucesión en la persona', es decir, como un sistema 'centrífugo y no 'centrípeto'. Es la persona del difunto, en cuanto el titular de las relaciones jurídicas el centro del proceso sucesorio, y en base al atributo personal de su último domicilio, es el lugar que rige la competencia en todas las cuestiones atinentes a su patrimonio, salvo casos

---

<sup>9</sup> CSJN in re: "Vilchi de March, María Angélica y otros c- PAMI (INSSJP) y otros s- daños y perjuicios", la Ley online: AR/JUR/30823/2015.

<sup>10</sup> Zannoni, Eduardo A., "Derecho de las Sucesiones", Tomo 1, Astrea, 2008, p. 143. La practicidad del fuero de atracción, basada en la conveniencia de atribuir a un solo juez la distribución y liquidación del patrimonio relicto, ha sido destacada en varios decisorios (ver López Mesa, Marcelo J., "Código Civil y Leyes Complementarias", Anotados con jurisprudencia, Ed. Lexis-Nexis, Tomo IV, ps. 391 y 392.

expresamente reglados como excepción en el Código (vgr., caso del 'heredero único', conf. art. 2336, último párrafo del CCCN; caso del 'difunto extranjero' con bienes inmuebles en el país', conf. Artículo 2643 CCCN).

## VI. Fuero de atracción, orden público y finalidad del proceso sucesorio. Conclusión

El legislador debió ser claro en este aspecto, pues pueden suscitarse conflictos de competencia razonables que sostengan que las razones de mejor orden procesal que fundan el fuero de atracción, no se vean afectados en acciones de acreedores personales contra el difunto. A mi criterio, ya no basta con calificar al fuero de atracción del sucesorio como de 'orden público' para decidirse a atraer la competencia al juez del sucesorio, ya que me parece un poco incongruente calificar tal desplazamiento de competencia como de 'orden público', y al mismo tiempo 'permitir' que ello no ocurra cuando hay acreedores del causante con heredero único<sup>11</sup>. Si se califica como de orden público una institución (sea que lo haga el legislador o el intérprete<sup>12</sup>) se debe ser congruente, ya que por la misma naturaleza de la calificación que implica el orden público, no admitiría grises o excepciones, ya que su aplicación es imperativa, indisponible (es decir, sin posibilidad de optar, puede ser retroactiva, y su desatención implica la nulidad)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> En este caso, bien se ha explicado que la sucesión debe tramitar ante el último domicilio del difunto, pues precisamente ahí se debe demostrar que se es heredero único, pero los acreedores del causante tendrán a su opción la facultad de dirigirse ante el juez del último domicilio del causante, o ante el juez que corresponde al domicilio del heredero único (Córdoba, Marcos M. y Ferrer, Francisco A., "Práctica del Derecho Sucesorio", Ed Astrea, 2016, p. 21).

<sup>12</sup> La calificación de 'orden público' no es atributo exclusivo y excluyente del legislador, ni su calificación es inmodificable, según se ha interpretado por la más calificada doctrina y la jurisprudencia.

<sup>13</sup> Saux, Edgardo L., "Orden Público en la teoría general de las personas"; La Ley, 2 de Diciembre de 2015, edición Aniversario, p. 4.

Además, al ser el fuero de atracción un instituto de prórroga de competencia de tinte excepcional<sup>14</sup>, y ante la ausencia de inclusión expresa por parte del legislador del CCCNación de las “acciones personales contra el difunto”, mi postura es que cuestiones ajenas al supuesto orden público son las que registrarán la solución del caso, más cercanas a una solución práctica del caso en estudio, y con la vista en el entorpecimiento o no de la finalidad que el artículo 2335 del CCCNación impone para los procesos sucesorios. En definitiva, esta postura de practicidad procesal, ha sido,- aunque minoritariamente,- admitida en algunos casos: “Si bien la prórroga de jurisdicción respecto de los juicios sucesorios es procedente cuando existe conformidad de todos los herederos presentados (arts. 1 y 2 CPCC), dicha prerrogativa ha de ser ejercida dentro de los límites del territorio de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, razones de conexidad y economía procesal autorizan a apartarse de la regla establecida por el artículo 3284 del Código Civil. Tratándose de un mismo patrimonio relicto y siendo que por ello ambos procesos deben tramitar conexos, la economía procesal debe prevalecer, por ahora, sobre la competencia establecida por la ley. En tal sentido, también se ha resuelto que aquellas mismas razones determinan que el inicio de las sucesiones de los cónyuges se radiquen ante un mismo juzgado, en orden a la identidad patrimonial del acervo su-

---

<sup>14</sup> Córdoba, Marcos M. y Ferrer, Francisco A., “Práctica del Derecho Sucesorio”, Ed Astrea, 2016, p. 13, donde explican: “El fuero de atracción es excepcional, porque importa una alteración de las reglas comunes de competencia, por lo cual es de interpretación restrictiva; es relativo, porque no comprende a las acciones reales; funciona solo pasivamente, cuando la sucesión es demandada; tiene comienzo desde la iniciación del trámite para obtener la declaratoria de herederos o el auto de testamento, y concluye con la partición total inscripta en los respectivos registros, no bastando la inscripción de la declaratoria en el Registro de la Propiedad (art. 2363 Código Civil y Comercial), aunque excepcionalmente el fuero de atracción puede seguir funcionando, en algunos casos, como cuando se ataca la partición por reforma o nulidad, o se promueve la acción de petición de herencia; es improrrogable y de orden público”.

cesorio y de los derechos que a raíz de ello se encuentran íntimamente vinculados”<sup>15</sup>.

## VII. La regla del llamado derecho transitorio del CCCN y su efecto sobre el supuesto desarrollado en este trabajo

El llamado “derecho transitorio” del Código Civil y Comercial argentino (CCCN) está contenido, esencialmente, en una norma general (art. 7°) y una norma específica para los plazos de prescripción (art. 2537).

El artículo 7° del CCCN, expresa: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Siguiendo a BORDA<sup>16</sup>, se puede decir que “relación jurídica” es la que se establece entre dos o más personas, con carácter particular, esencialmente variable; es un vínculo jurídico entre dos o más personas del cual emanan derechos y obligaciones. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, etc. Luego, la “situación jurídica”, es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea, genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes), que son uniformes para todos. Es objetiva y permanente.

Ahora bien: a los efectos de la aplicación inmediata de la nueva ley, la redacción del artículo 7° del CCCN, al igual que el anterior artículo 3 del Código Civil, no distingue entre “relaciones” ó “situaciones” jurídicas. Por ende, por más que conceptualicemos el “fuero de atracción” como una “situación jurídica”,- esto es, genera derechos regulados por ley (más allá de la voluntad de las partes), que son uniformes para todos los que estén en la misma posición,- la

---

<sup>15</sup> C. Civil y Comercial de San Isidro, Sala 2da. , 14/09/2004, “Guillover, F. y Samela de Guillover E.”, Juba sum. B1751146, citado por López Mesa, Marcelo J., “Código Civil y Leyes Complementarias”, Anotados con Jurisprudencia, Tomo IV, ed. Lexis-Nexis, p. 407.

<sup>16</sup> Borda, Guillermo, “Efectos de la ley con relación al tiempo”, ED 28-810.

distinción (entre “relación jurídica” y “situación jurídica”) carece de efectos prácticos a la luz de la norma del artículo 7 del CCCN<sup>17</sup>.

Como regla general, la nueva ley, en este caso el CCCN, se aplica en forma “inmediata”. Ello quiere decir que la nueva ley se aplica<sup>18</sup> a: i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; ii)- las existentes, en cuanto no estén agotadas; iii)- las consecuencias que no hayan operado todavía.

O sea, que la nueva ley (en este caso el CCCN), pasa regir los tramos aún no cumplidos del desarrollo de una ‘situación jurídica’ o de una ‘relación jurídica’. Por ello, si antes de la vigencia de la nueva ley se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está *in fieri*), entonces, rige la nueva ley<sup>19</sup>.

En resumen, la nueva ley se aplica a situaciones, relaciones y/o consecuencias no consolidadas o agotadas bajo el imperio de la anterior ley<sup>20</sup>.

Además, tratándose el desplazamiento de la competencia de una cuestión procesal, tanto doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que “las leyes procesales se aplican de forma inmediata a

---

<sup>17</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes”, p. 26, Ed. Rubinzal-Culzoni.

<sup>18</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y Situaciones Jurídicas en curso de ejecución”, p. 147 en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, “Número Extraordinario”, “Claves del Código Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal-Culzoni.

<sup>19</sup> Moisset de Espanés, Luis, “La irretroactividad de la ley y el efecto diferido”, en J.A., doctrina 1972-819, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación...”, cit., p. 148.

<sup>20</sup> Kemelmajer, op. Cit., p. 151: “Si de acuerdo a la ley vigente, los hechos no tenían fuerza suficiente para engendrar o constituir una relación jurídica, es relación no ha nacido, no está constituida, no es una relación existente”.

las causa pendientes, siempre que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos, ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores”<sup>21</sup>.

Desde este punto de vista, no se puede alegar ‘preclusión alguna’ que hubiese consolidado la aplicación del artículo 3284 inciso 4to. del anterior C.C., haciéndose por ende operativa al doctrina de la CSJN que expresa que ante tal falta de preclusión, la aplicación de leyes de competencia o jurisdicción son aplicables en forma inmediata<sup>22</sup>.

Así lo propone además la destacada doctrina que venimos citando<sup>23</sup> cuando expresa la aplicación inmediata del artículo 2336 del CCCN: “Hay reglas que se aplican a los juicios abiertos, aún cuando la muerte se haya producido antes, por tener naturaleza procesal, (Artículos 2335-2362 del CCCN), o ser meras consecuencias aún no producidas de relaciones bajo el régimen anterior”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también a ha expresado en reciente decisorio que “frente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia, corresponde señalar que el contenido de lo dictaminado se ajusta a la normativa de dicho cuerpo legal”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> CSJN, 7-2-2006, J.A. 2006-II-140; L.L. 2006-E-313 y L.L. 2007-B-489.

<sup>22</sup> CSJN “Cafés Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos SA”, Fallos 249:343, citado por Descalzi, José Pablo, “El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial unificado”, DJ 10/12/2014, p. 7 y sges., nota 30.

<sup>23</sup> Kemelmajer de Carlucci, “La Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes”, Ed. Rubinzal Culzino, p. 168.

<sup>24</sup> Hace referencia a lo dictaminado por el Procurador Fiscal Subrogante, cuando dictamina que el fuero de atracción para las acciones personales de los acreedores del difunto en base al artículo 3284 inciso 4to. del Código Civil, subsiste con la actual redacción del artículo 2336 del CCCNación, por lo que la aplicación inmediata de esta última norma al caso, no cambia la competencia del juez del sucesorio en este tipo de acciones” (CSJN, “Vilchy de March, María Angélica y otros c- PAMI (INSSJP) y otros s- daños y perjuicios”, la Ley Online: AR/JUR/30823/2015).

**La exclusión de la vocación hereditaria  
del cónyuge separado de hecho**

**Aplicación inmediata del Código Civil y Comercial**

**AB. ROXANA ALAMO (MENDOZA)**



## Introducción

En la sistemática del Derecho Civil, el nuevo Código Civil y Comercial colocó al Derecho Sucesorio en el último lugar, después del Derecho de las personas, de las relaciones de familia, de las obligaciones, de los contratos y de los derechos reales, y este método se justifica porque las relaciones sucesorias son las más complejas de todas las civiles, por su múltiple contenido personal, familiar y patrimonial, en cuya virtud el Derecho de sucesión supone el conocimiento del Derecho Privado Patrimonial y del Derecho de Familia, en los que se apoya y sirve de complemento<sup>1</sup>. En esta última materia, puede observarse en la sucesión ab intestato y a las legítimas, su basamento en el orden natural de los afectos familiares.<sup>2</sup>

Es por lo expresado, que mal puede sostenerse que el Derecho de Sucesiones no ha sufrido grandes modificaciones, cuando la reforma en el Derecho de Familia es de tal magnitud, que impacta directamente en la aplicación e interpretación de las normas de injerencia hereditaria.

En lo que respecta la situación del separado de hecho con posterioridad a la reforma del Código Civil y Comercial-ley 26.994, 26.994 (B.O.del 8/10/2014), modificada por ley 27.077 (B.O. 19/12/2014), a partir del 1/8/2015, es una clara representación de lo expuesto, conforme los argumentos que a continuación se vertirán.

### I. La vocación sucesoria

La vocación sucesoria es el llamamiento hecho por la ley o por la voluntad del causante a una persona que reciba una herencia de-

---

<sup>1</sup> FERRER FRANCISCO, "El Derecho de Sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto Código Civil y Comercial, tomo II, año 2012-2013, p.568; en el mismo sentido, MEDINA GRACIELA, Derecho de Sucesiones y principios del Código Civil y Comercial en LA LEY 9/12/2015, LA LEY 2015-f,1169

<sup>2</sup> PEREZ LASALA, JOSE LUIS, "Tratado de Sucesiones", tomo I, pág.19.

terminada, es decir, la determinación de quien in abstracto puede continuar la personalidad jurídica del causante, en los derechos y obligaciones que son transmisibles.

Sus fuentes son dos: el testamento donde se expresa la voluntad del causante, y la ley, para el caso de su ausencia.

Ahora bien, para que esa vocación sea eficaz, es decir, le permita a una persona recibir la herencia en forma concreta, debe cumplirse determinadas condiciones, y en especial, no debe estar contrariada, ya sea por voluntad del sucesible, por sentencia judicial o por disposición legal<sup>3</sup> es lo que se denomina delación o llamamiento concreto para heredar.

Son causales de exclusión de la vocación sucesoria: a) renuncia; b) Indignidad, c) Matrimonio in extremis, d) Divorcio, e) Separación de hecho.

## **II. La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite separado de hecho. Sus antecedentes**

La separación de hecho es el “estado jurídico en que se encuentran los cónyuges quienes, sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga”.<sup>4</sup>

A los efectos de establecer cuáles son sus implicancias en el ámbito del Derecho Sucesorio, es conveniente establecer una clasificación entre los distintos tipos de separaciones de hecho, a saber: separación de hecho por culpa de uno de los cónyuges, separación de hecho por culpa de ambos cónyuges, o separación de hecho negocial.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> AZPIRI, JORGE, Incidencias del Código Civil y Comercial-Derecho Sucesorio, pág.39

<sup>4</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Separación de hecho entre cónyuges”, pág.2.

<sup>5</sup> PEREZ LASALA, JOSE LUIS-MEDINA GRACIELA, “Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio”, pág.697.

Ahora bien, en la interpretación de la norma del art. 3575 del C.Civil, se puede observar en la doctrina y jurisprudencia, tres etapas anteriores al nuevo Código, y que sintéticamente, se describirán a continuación:

i) Primera etapa: Redacción original del Código Civil derogado

Bajo esta legislación, la sola separación de hecho provocaba la exclusión hereditaria conyugal, puesto que el art. 3575 establecía: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente”.

Esta norma fue considerada como la única disposición del Código Civil que se refería a la separación de hecho por oposición a la de derecho, proveniente de sentencia judicial, y tendía a reprimir la inobservancia del deber de cohabitación, cuando los cónyuges deban de cumplirlo, prescindiendo del juicio de separación.<sup>6</sup>

Ello así, el art. 3575 del C.Civil estableció la exclusión sucesoria como sanción al cónyuge que provocó la ruptura de la convivencia matrimonial.

Y es que bajo la norma citada hizo jugar un auténtico factor de atribución subjetivo: la imputabilidad en la separación de hecho, por lo que dado el factum de esa separación, hay que indagar cuál de los esposos fue el culpable de la separación. Al otro, no lo alcanzaría la exclusión hereditaria del artículo.<sup>7</sup>

Sin perjuicio de este postulado que a priori parece sencillo, también hubo dispares interpretaciones de la norma del art. 3575.

a) La primera de ellas, afirmaba que no cabía hacer distinción alguna entre el cónyuge inocente y el culpable, pues la norma solo preveía el supuesto de separación de hecho, siempre que esta separación no fuera accidental u obedeciera a circunstancias justifica-

---

<sup>6</sup> POVIÑA, HORACIO, “La sucesión de los cónyuges y los parientes colaterales”, pág.195, cit.en PEREZ LASALA-MEDINA, op.cit.pág.698.

<sup>7</sup> ZANNONI, EDUARDO, Manual de Derecho de Sucesiones, pág.478.

das. Por eso, bastaba la prueba del hecho de la separación para que ninguno de los cónyuges pudiera invocar derechos hereditarios. Esa tesis fue iniciada por Segovia, y continuada por Martínez Paz y De Gásperi.

La crítica a la misma, radicaba en el hecho de que con dicho fundamento se agravaban las discordias y alejaba la posibilidad de reconciliación; sobre todo, porque se obligaba al inocente a iniciar una actividad judicial que a los efectos matrimoniales podía resultar perjudicial<sup>8</sup>, cuando pudo o quiso evitar.

b) Una segunda posición, puso el acento en la “voluntad de unirse”: es necesario que la separación de hecho, que prive de la vocación hereditaria, lo sea sin este elemento, por lo que, el cónyuge culpable de la separación, para no perder la vocación hereditaria conyugal, debía probar su voluntad de reconciliación; esta condición, igualmente, debía cumplirse para el inocente. Es decir, que la voluntad de no volver a unirse tenía que existir en ambos.

Esta teoría, que fue iniciada por Machado, fue con posterioridad aclarada por Llerena, para quien es necesario de que la voluntad de unirse esté ausente por lo menos en uno de los cónyuges, y que solo este último sea castigado. Lo siguió Ovejero.

c) La tercera interpretación, aunque variante de la anterior, centra la preocupación en la situación del cónyuge inocente, el cual, según la tesis anterior, necesitaba probar su intención de unirse para conservar la vocación. Esta teoría le otorga vocación al cónyuge inocente aunque carezca de voluntad, siempre que tenga justificadas razones para no continuar la vida en común. Esta teoría fue iniciada por Prayones.

ii) Segunda etapa: ley 17.711

La última interpretación señalada bajo el régimen anterior fue introducida normativamente mediante la reforma de la ley 17.711,

---

<sup>8</sup> PEREZ LASALA-MEDINA, op.cit.pág.698

que agregó al art. 3575 el siguiente párrafo: “Si la separación solo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior”. El primer párrafo del artículo citado, no fue modificado, por lo que requiere una interpretación integradora y conjunta de ambos postulados.

Así, surgió una primera tesis que sostuvo que el cónyuge culpable no pierde la vocación hereditaria si tuvo voluntad de unirse (art. 3575 párr.1); ello así, el culpable de la separación que provocó el abandono pero rectificó su conducta, estando auténticamente en disposición efectiva de reanudar la convivencia al morir el causante, no pierde su vocación hereditaria.

Aclara Mendez Costa que esta voluntad de unirse debe ser auténtica, no inspirada en motivos espurios, sino en el respeto conyugal, suficientemente exteriorizado y exhaustivamente probado<sup>9</sup>.

Luego, para esta postura, el cónyuge inocente conserva siempre la vocación hereditaria, sin necesidad de demostrar si tuvo o no razones para reanudar la vida en común.

Por nuestra parte, consideramos que la diferencia ontológica en la interpretación explicitada, recogida por la ley 17711, está dada por el fundamento ya no radicado en la sanción o reproche, sino más bien en el estímulo en la reconciliación y pacificación de los conflictos familiares, invitando a la reanudación de la convivencia.

Para otra tesis, en cambio, el culpable siempre pierde la vocación hereditaria, ya que sería esa la intención del legislador del año 1968, y principalmente para no establecer distinciones entre el régimen de divorcio y el de la separación de hecho.<sup>10</sup>

En resumen, para Perez Lasala, se postulaban dos tesis:

Subjetiva: para la cual, la exclusión hereditaria está constituida por la culpa en la interrupción de la convivencia, de manera que la voluntad de no unirse es un elemento que la ley emplea para caracterizar la separación como definitiva, contraponiéndola a las sepa-

---

<sup>9</sup> “De nuevo sobre la exclusión hereditaria conyugal”, en Revista JA 1980-I-477 cit. en PEREZ LASALA-MEDINA, op.cit.pág.702.

<sup>10</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit. pág. 187.

raciones transitorias, motivadas principalmente por razones de fuerza mayor (por ej. razones de trabajo, enfermedades que requieran tratamiento en lugares distintos al domicilio matrimonial). Lo decisivo para excluir al cónyuge, es la culpabilidad en la desintegración del hogar. Esta tesis fue aceptada por la Cámara Nacional Civil en un plenario de fecha 12/2/1986, “Mauri de Mauri”, en el que se resolvió que la exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho, a que se refiere el art. 3575, se funda en las causas que determinan dicha separación.

Objetiva: para esta tesis, la falta de voluntad de unirse integra esencialmente la causal de exclusión, y la culpa a la cual refería el párrafo segundo del artículo 3575 es la atribuible al cónyuge por su falta de voluntad de unirse.<sup>11</sup>

### iii) Tercer etapa: La sanción de la ley 23.515

Bajo este régimen, el art. 3575 quedó redactado de la siguiente forma: “Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación de hecho fue imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el art. 3574”.

Sostienen PEREZ LASALA-MEDINA, que las reformas introducidas fueron muy pocas, y de escasa significación, ya que solamente cambiaron, en la primera parte del artículo, la palabra “sucesión” por “vocación hereditaria”, el término “si”, por “en caso que” y “provisoriamente” por “provisionalmente”. En tanto, en la segunda parte de la norma se suprimió la palabra “solo” y se cambió la frase “en el artículo anterior” por “en el artículo 3574”.<sup>12</sup>

Ello así, es el marco legal de las leyes 23.264 y 23.515 interpretadas armónicamente las que da la solución; así, la primera incluyó el término separado de hecho en el artículo 264 para atribuir el ejer-

---

<sup>11</sup> PEREZ LASALA, Tratado de Sucesiones, tomo II, pág.112.

<sup>12</sup> op.cit.pág.702.

cicio de la patria potestad, y en el artículo 243, a los fines de la presunción de paternidad del marido. En ambos casos, se refiere al estado de separación como un estado objetivo, ante el cual, la ley preceptúa determinadas consecuencias jurídicas. Luego, la separación de hecho fue incorporada por la ley 23515 como causal de separación o de divorcio, de carácter objetivo, y decretado el divorcio por esta causal, ambos cónyuges son reputados culpables.

Así, en ese contexto legal, dicen los autores que ya no se puede hablar de que el cónyuge culpable de la separación de hecho conserve su vocación hereditaria si mantiene su voluntad de unirse; y es que en el marco normativo en el que se insertó el art. 3575, es decir, las leyes 23.515 y 23.264, la separación de hecho es vista como una situación objetiva, sin determinar culpabilidad, que a los fines del divorcio equipara sus efectos al divorcio por culpa de uno de los cónyuges, y que solamente atribuye derechos, como excepción, al cónyuge inocente.<sup>13</sup>

En consecuencia, el cónyuge culpable pierde su vocación hereditaria, aun cuando tenga la voluntad de unirse, en los casos de separación personal culpable, para el divorcio y para la separación personal sin atribución de culpabilidad. El fundamento de esta afirmación es la lógica deducción de que frente a este sistema normativo, no se lo puede obligar al cónyuge inocente a hacer un juicio contradictorio solo para asegurarse de que el culpable de la separación no tenga derechos hereditarios a su muerte.

Luego, una aislada y unipersonal intención de unirse, después de haber dado lugar a la separación de hecho, el culpable no puede mantener su vocación hereditaria. Tal deseo de unirse tiene que haber traducido en una reconciliación, para lo cual debe mediar el perdón del ofendido. En tal caso, renacerá la vocación hereditaria.<sup>14</sup>

Ahora bien, cabe ahondar entonces en lo que es el fundamento de la falta de vocación hereditaria del cónyuge culpable y de la vocación del inocente:

---

<sup>13</sup> PEREZ LASALA-MEDINA, op.cit.pág.703.

<sup>14</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, op.cit.pág.194

a) para unos autores, el art. 3575 tutela el deber de cohabitación de los cónyuges; por tanto, se sanciona su violación con la pérdida de la vocación hereditaria.<sup>15</sup>

Esta posición es criticada por PEREZ LASALA-MEDINA, puesto que sostiene que el deber de cohabitación tiene tutela específica en las disposiciones que lo consagran en los artículos 199 y 200 del C. Civil, por lo que por sí no es suficiente para fundar la pérdida de la vocación, porque el cónyuge inocente no desea reanudar la vida en común no pierde la vocación hereditaria.

b) para otros, la exclusión se funda en que esa separación prueba que no existe el afecto en que se basa el derecho de heredar. Esta posición es compartida por LAFAILLE, GUASTAVINO, PEREZ LASALA, MEDINA, y se basa en que la ratio legis del artículo 3575 radica en la desintegración del hogar que revelaría la falta de un presupuesto hereditario conyugal, consistente en el afecto del causante.

Aun cuando no haya atribución de culpabilidad ni juicio de reproche, el estado de separado de hecho indica la falta de afecto presunto. En el caso del inocente, es el afecto que se presume existió, en concordancia con una conducta irreprochable durante la unión, ya que él no dio lugar al estado anómalo de la separación de hecho.<sup>16</sup>

### III. La carga de la prueba

En el análisis de la evolución jurisprudencial y doctrinaria sobre a quién corresponde la carga de la prueba, también surgen dos etapas:

1) La primera, anterior a la ley 23.515, donde el quid de la cuestión radicaba en la necesidad o no de demostrar la culpa en la separación, o si bastaba probar la separación, y el viudo debía, en su caso, demostrar su inocencia.

---

<sup>15</sup> MENDEZ COSTA, "La culpa en el incumplimiento de los deberes conyugales, en Revista JA 22-1974-676.

<sup>16</sup> PEREZ LASALA-MEDINA, op. cit. pág. 706.

Para una parte de la doctrina, quien demandada por exclusión debía cargar con la prueba de que el demandado era culpable de la vida separada que había llevado. Esta posición era seguida por Perez Lasala, Borda, Kemelmajer de Carlucci

Para otros, en cambio, el régimen de la prueba es el siguiente: El cónyuge que pretendía vocación debía, en primer lugar, acreditar el vínculo, ya que su derecho a la herencia provenía de la ley (arts. 3579 y ss). Acreditada la separación de hecho, debía probar además: a) que la separación de hecho no había sido tal, porque las causas que motivaron la separación fueron involuntarias, originadas en verdaderos estados de necesidad o casos fortuitos, o b) que era inocente de la separación, pues de lo contrario, se presumía que la culpa era común, pero entendiéndose que la prueba de la inocencia podía surgir en forma indirecta, probando la culpabilidad del causante.

En cambio, para los pretenses de la exclusión, les correspondía probar: a) la separación de hecho, o b) que aun cuando el cónyuge sobreviviente era inocente de la separación, había incurrido después de ella, y antes del fallecimiento del causante, en adulterio o en actos de grave conducta moral.

Esta discusión era bastante ardua, hasta que en el año 1986 el plenario “Mauri” determinó que: “La carga de la prueba de las causales de la exclusión sucesoria del cónyuge supérstite, por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el artículo 3575 del Código Civil, recae sobre quienes cuestionaron la vocación hereditaria del cónyuge supérstite”

En el mismo sentido, se expidieron las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas el año 1981, en la Universidad Nacional de La Plata, al recomendar: “La carga de la prueba de las causales de la exclusión hereditaria contemplada en el artículo 3575 del Código Civil, compete a quien o a quienes ejercen la pretensión respectiva contra el cónyuge supérstite”.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Jornadas Nacionales de Derecho civil. Recomendaciones, Abeledo Perrot, año 1987, p.74;

[www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-12-VIII-Jornadas-1981.pdf](http://www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-12-VIII-Jornadas-1981.pdf)

Posteriormente, la ley 23515 introdujo la separación de hecho como causal objetiva de divorcio vincular y de separación personal; por lo que transcurridos dos o tres años, según el caso, se puede demandar la separación personal o el divorcio vincular con la sola acreditación de que ha mediado separación de hecho entre los cónyuges. Si alguno de los cónyuges alega y prueba no haber dado causa a la separación, dejará a salvo los derechos otorgados al cónyuge inocente (art.204 C.C.).

En este caso, entonces, la separación de hecho, sin juzgar la culpabilidad, permite pretender el divorcio.

La consecuencia de esto es que los autores, armonizando los artículos 204 y 3575 del C.C., deducen que en el plano de la exclusión hereditaria conyugal, si se demuestra que se ha producido la separación de hecho por más de dos años, sin probar la culpabilidad, se puede pedir la exclusión. Esta interpretación integradora es promovida, entre otros por Zannoni.<sup>18</sup>

Por lo tanto, que si la separación es mayor a dos años, basta probar a los legitimados dicho hecho, sin necesidad de referencia alguna a la culpabilidad del viudo, por cuanto al ser incorporada una causal objetiva de separación personal, a esta se la obtiene mediante la acreditación del hecho objetivo de la separación por un plazo determinado, sin necesidad de demostrar la culpabilidad.

Ello responde a la necesidad imperiosa de encuadrar el artículo 3575 en el contexto de nuestro Derecho Positivo, a fin de lograr una interpretación ordenadora, sistemática y coherente del ordenamiento jurídico, en especial, con los artículos 204 y 214 entre otros.

Por su parte, el cónyuge supérstite, para esta posición y en esta situación, puede probar su inocencia, ya sea a través de la involuntariedad de la separación, o bien de la culpabilidad del consorte. En consecuencia, si demuestra su inocencia, conserva la vocación sucesoria, y la demanda por exclusión no puede prosperar, por más que hayan transcurrido más de dos años de la separación.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Manual de Derecho de Sucesiones, pág.433.

<sup>19</sup> PEREZ LASALA-MEDINA, op.cit.pág.714.

En el caso en que la separación sea menor a dos años, la situación era distinta, puesto que en este supuesto la prueba de culpabilidad recae en los legitimados, aunque en virtud de las cargas dinámicas de la prueba al cónyuge supérstite le corresponde brindar las probanzas de su inocencia.

Así, la prueba de la culpabilidad del viudo sigue en cierto modo siendo necesaria, ya que el ordenamiento jurídico siguió encuadrado en el marco subjetivista, que hace prevalecer la imputabilidad de las consecuencias conyugales, disponiendo sanciones para quien dio causa al divorcio o, en su caso, a la separación de hecho.

Luego, es un principio general del Derecho la presunción de inocencia, por ende, no se puede partir de la idea de que a la separación de hecho deba presumírsela culpable, ni querida o consumada de común acuerdo.<sup>20</sup>

Las Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas en el año 1989, propiciaron que: “El artículo 204 del Código Civil ha derogado la doctrina del plenario “Mauri de Mauri Francisca” de la Cámara Nacional Civil; en consecuencia, la separación de hecho sin voluntad de unirse priva objetivamente a los cónyuges de vocación hereditaria, salvo que el cónyuge alegue y pruebe no haber dado causa a la separación”.

Este postulado fue asumido por la Sala A de la Cámara Nacional Civil de la Capital, quien resolvió que “quien pretende la exclusión hereditaria del cónyuge supérstite debe demostrar la separación de hecho sin voluntad de unirse, y para contrarrestarlo a que deberá probar su inocencia con respecto a la separación.<sup>21</sup> Se dijo además que aun cuando no haya atribución de culpabilidad, la separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges, el cual configura un presupuesto del derecho hereditario conyugal.

En el mismo sentido, se sostuvo que “El cónyuge superviviente, para heredar, deberá probar su inocencia en la separación”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> PEREZ LASALA-MEDINA, op.cit.pág.715.

<sup>21</sup> ”CNCiv., Sala A, 6/5/2009, BCX y ot. En LL 31/03/2010, p.5, ocn nota de Nestor Solari, AR/JUR/15209/2009.

<sup>22</sup> ”CNCiv., sala M, 14/6/2012, elDial.com, de fecha 30/7/2012; en igual sentido se ha pronunciado la doctrina IGNACIO GRACIELA, “La sepa-

En otro caso, que derivó en el rechazo de la acción de exclusión, se probó que el cese de la convivencia de la cónyuge demandada se debió a razones justificadas, tales como las agresiones recibidas por parte del causante, y las relaciones mantenidas con terceras mujeres.<sup>23</sup>

Posteriormente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Río Cuarto, en el caso “R.L.H”, con fecha 11/6/2014, sostuvo “La cónyuge supérstite mantiene su vocación hereditaria a pesar de la separación de hecho si prueba su inocencia en la separación de hecho con el causante”. En este caso, se dio por probada la culpabilidad del consorte fallecido, dada la proximidad de la celebración del matrimonio y nacimiento del hijo de la accionante y el causante, respecto de los nacimientos de los otros dos hijos del causante cuyas madres son otras dos mujeres.<sup>24</sup>

Más recientemente, se inclinó en la misma posición la Cámara Nacional en lo Civil sala B, en “S.A.D”, de fecha 15/12/2014, frente a la demostración de la culpa del causante por mantener una familia paralela.<sup>25</sup>

#### IV. El nuevo Régimen del Código Civil y Comercial – Ley 26.994

El nuevo ordenamiento jurídico, establece que el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implique el cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges (art. 2437 del C.C.y C.), suprimiendo toda referencia a la culpa en la separación, en coherencia con el nuevo régimen de divorcio que excluye toda idea de culpa

---

ración de hecho y la exclusión de la vocación hereditaria de los cónyuges”, en DFyP 2010 (abril), 125, cita online AR/DOC/1082/2010

<sup>23</sup> Cámara de Apelaciones en lo civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, C.A.O., 22/08/2013 en ED 4/11/2013, DFyP 2013 (diciembre 131)

<sup>24</sup> MJ-JU-M-87717-AR, en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com)

<sup>25</sup> Publicado en LA LEY 26/3/2015,8, LA LEY 2015-B,211, DJ 03/06/2015,78, cita online AR/JUR/74821/2014.

(art. 436/438), por lo cual lógicamente desaparecen los artículos 3574 y 3575.<sup>26</sup>

Se ha dicho entonces que el artículo concuerda con el último párrafo del art. 3574 del C. Civil, y conforme los fundamentos del Anteproyecto, se hace hincapié en la importancia de la derogación del divorcio culpable y la separación personal en todas sus formas, evitando el análisis de la culpa, a fin de no ventilar cuestiones íntimas y conservar las buenas relaciones familiares.<sup>27</sup>

En consecuencia, la redacción actual ha retornado a la redacción original en lo que se refiere al cese de la convivencia, ya que al haber eliminado la posibilidad de declarar la responsabilidad de uno de los cónyuges en el cese de la vida en común, no será posible pretender que se mantenga la vocación hereditaria.<sup>28</sup> Basta, en consecuencia, en el cese de la vida en común y la falta de voluntad de unirse, de por lo menos, uno de los cónyuges.

Es por ello que se dice que es en la separación de hecho, donde más trascendencia tiene la reforma, ya que elimina cualquier discusión doctrinaria o jurisprudencial, tanto en la existencia o atribución de culpa para hacer cesar la vocación hereditaria, como así también el régimen de la prueba.

Quedan a salvo, a mi entender, las situaciones que pueden implicar un ejercicio abusivo de la norma, que trasvasado bajo el prisma convencional y constitucional de raigambre superior, pueda arrojar un resultado injusto, como por ejemplo, en los casos de violencia de género, regidos por la ley 26.485.

Por otra parte, cabe destacar que no existe norma alguna que imponga el deber de cohabitación de los cónyuges, por lo que no hay deber legal de convivencia; ello así, si no existe obligación legal tampoco existe sanción<sup>29</sup>. En consecuencia, es que el cese de la co-

---

<sup>26</sup> FERRER FRANCISCO, op.ci., pág.606/607; en el mismo sentido, PEREZ LASALA, JOSE LUIS, Tratado.. op. cit., pág. 113.

<sup>27</sup> ARGÁ GRACIELA, en Código Civil y comercial de la Nación comentado, tomo VI, directores RIVERA-MEDINA, pág.367.

<sup>28</sup> AZPIRI, JORGE, Incidencias del Código Civil y Comercial-Derecho Sucesorio, pág.39.

habitación para hacer procedente la exclusión hereditaria, debe ser interpretado a la luz de los paradigmas de familia actuales, por lo que no es en sí misma la convivencia bajo el mismo techo lo que determina el *affectio*, sino la existencia de un proyecto de vida en común, basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad (art. 431 C.C. y C).

Es decir, que lo que caracteriza a la separación de hecho del art. 2437 del C.C.y C. es su definitividad, en contraposición con las separaciones transitorias, como puede ser la ausencia por razones de trabajo y enfermedad.<sup>30</sup>

Así, se afirma que las tesis que interpretaron el Derecho anterior no son útiles para el nuevo ordenamiento civil, porque las dos giraban alrededor del concepto de culpa, que provocaba efectos sustancialmente diferentes: si la separación era provocada por culpa de uno, el otro conservaba la vocación. Si la culpa era de los dos, ambos carecían de vocación hereditaria.

En cuanto a la prueba, ha quedado igualmente simplificado: el cónyuge que pretende tener vocación en la sucesión de su consorte debe probar que no hubo separación de hecho o que si la hubo, fue por circunstancias transitorias; los herederos, en cambio, deben probar que hubo separación, y que la misma fue definitiva, independientemente de quien tuvo la culpa en la separación. (PEREZ LASALA, op.cit.pág.115).

En la tésis expuesta se esgrimieron las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, año 2015, en las que se sostuvo, por mayoría, que: “La separación de hecho sin voluntad de unirse configura una causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges. Resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal incluida en el art. 2437 del CCyC es coherente con el régimen de divorcio incausado”[31]

---

<sup>29</sup> CORDOBA MARCOS, en Código Civil y Comercial de la Nación, director RICARDO LORENZETTI, tomo X, pág.841/843.

<sup>30</sup> PEREZ LASALA, op.cit.pág.113.

## V. El régimen jurídico aplicable en la exclusión de vocaciones sucesorias cuya muerte del causante se produjo con anterioridad al nuevo Código

Es clara la situación de aplicación del nuevo Código Civil a todas las relaciones y situaciones jurídicas que se configuren o nazcan con posterioridad a la vigencia del nuevo Código; en nuestra materia, todas las derivaciones relativas a la muerte del causante producidas con posterioridad al 1/8/2015, fecha de entrada en vigencia del mismo según la ley 26.994, (B.O.del 8/10/2014), modificada por ley 27.077 (B.O. 19/12/2014).

Al respecto, dice el artículo 7 del C.C.y C.: “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”

De la norma transcripta, son conceptos a tener en cuenta:

a) Situación jurídica: es la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho a una institución jurídica determinada, y que puede encontrarse constituida, extinguida o en curso. Solo en este último supuesto corresponde aplicar la nueva ley.

b) Relación jurídica: es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Lo característico de la relación jurídica es que tienen un momento en que ella se crea, luego produce efectos y finalmente se extinguen.

---

[31] Comisión nro. 07 en:

<http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-07.pdf>

c) Consecuencias: son todos los efectos –de hecho o derecho– que reconocen como causa a una relación o situación jurídica.<sup>32</sup> Por lo tanto, sea en una situación o en una relación jurídica, corresponde tener en cuenta los distintos momentos en que se encuentran la relación o situación, esto es, la constitución o la extinción, como así también, cuando producen sus efectos. Y es que en este último caso, los ya producidos se rigen por la ley vigente a su realización, mientras que los que aún no se han cumplido, en caso de mutación del régimen jurídico, por el nuevo ordenamiento.

En materia sucesoria, es un postulado general y unánimemente aceptado, que la apertura de la sucesión con la muerte del causante (art. 2277 del C.C.y C.), es la que determina la ley aplicable, es decir, la ley vigente al momento del deceso.<sup>33</sup>

Sin embargo, cuando la muerte se produjo con anterioridad a dicha fecha, estimo que el principio es aplicable en forma genérica y como regla general, pero cada situación particular debe ser analizada a fin de establecer si no se trata más que de la constitución de una relación o situación jurídica, o más bien, una consecuencia o efecto, y por lo tanto alcanzados por el nuevo Código Civil y Comercial.

Y es que la norma del artículo 7, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias o relaciones jurídicas existentes, por lo que las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior, no son alcanzadas por ese efecto inmediato, dado que no tienen efecto retroactivo; sin embargo, respecto de las que se encuentran *in fieri*, es decir, aún no se han agotado sus efectos ni concluida su realización, son alcanzadas por la nueva ley.

---

<sup>32</sup> MEDINA GRACIELA, “La aplicación de la ley en el tiempo y en el Derecho Sucesorio” en [www.gracielamedina.com.ar](http://www.gracielamedina.com.ar).

<sup>33</sup> En este sentido Quinta Cámara Civil in re 13.737 PERALTA, 26/4/2012, Tercera Cámara Civil in re 32890 Videla, de fecha 1/6/2011, en [www.jus.mendoza.gov.ar](http://www.jus.mendoza.gov.ar); KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág.166

Para el análisis de la exclusión de la vocación sucesoria, que se encuentre discutida con posterioridad al 1/08/2015, estimo que resulta aplicable en forma inmediata el Código Civil y Comercial de la Nación, se haya producido o no el deceso con anterioridad.

Dos son los fundamentos que estimo avalan la premisa apuntada:

a) El primero de ellos, es por considerar que si bien la muerte y la vocación hereditaria son situaciones jurídicas, y por lo tanto, se rigen en cuanto a su configuración por la ley vigente al momento de la muerte del causante, no sucede lo mismo con la exclusión, que estimo debe reputarse como una consecuencia o efecto.

Ello así, porque el llamamiento a todos los posibles herederos es la situación jurídica regida por la ley vigente a la muerte; sin embargo, si alguien pretende que ese llamamiento no se concrete, ya no estamos en el campo del nacimiento sino de los efectos o consecuencias de esa situación. Es decir, fue llamado conforme a una ley determinada, pero el cambio del ordenamiento jurídico impacta en la consecuencia de la posibilidad de su exclusión de ese llamado.

Por lo tanto, cuando el análisis sobre las vicisitudes que pueden impedir la concreción del llamamiento a la herencia en un caso determinado cae temporalmente bajo un régimen jurídico nuevo, es este el que debe aplicarse, ya que no se trata de la constitución de la situación jurídica, sino a sus consecuencias o efectos.

b) El segundo fundamento es complementario o subsidiario del primero.

Estimo que debe considerarse que el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en forma armónica y coherente, como un sistema o un todo; en consecuencia, y frente a la interdependencia del Derecho de Sucesiones y el Derecho de Familia, el cambio de paradigmas de esta última rama no puede ser ignorada en la interpretación y aplicación del primero, ya que de lo contrario podría incurrirse en absurdos o ilógicos, incumpliendo el deber de aplicación y resolución que pesa sobre todo juez (art. 2 y 3 C.C.y C.).

En efecto; la incorporación valiosísima del Título preliminar del Código Civil y Comercial se resalta aún más con el art. 2, que expresamente dispone: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Se explica que los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos; por eso se dice que son “mandatos de optimización”, en su aplicación se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto.

Se explica también que el principio es un enunciado normativo que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real.<sup>34</sup>

En este punto, se ha dicho que en el Código anterior, los principios tenían un carácter preferentemente supletorio, mientras que ahora tienen una función de integración y control axiológico.<sup>35</sup>

Respecto de sus características, me interesa resaltar la función de mandato de optimización, ya que en este sentido, debe entenderse que ordenan hacer algo, a través de una dirección que debe cumplirse en la mayor medida posible. Ello así, la aplicación del principio lleva a establecer una relación con otros principios competitivos o contradictorios y a buscar el punto óptimo de realización.

Dado entonces ese contenido inacabado y su estructura deontológica, este se determina mediante un juicio de ponderación con

---

<sup>34</sup> ALPA GUIDO, citado en LORENZETTI RICARDO, “Teoría de la decisión judicial”, pág. 138.

<sup>35</sup> Código Civil y comentado-Director RICARDO LORENZETTI, tomo I, pág. 37.

otros principios. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto.<sup>36</sup>

Por su parte, los valores mencionados en la Constitución y en las leyes son citados con frecuencia en las decisiones judiciales: “afianzar la justicia”, el “bienestar general”, la “solidaridad”, etc.

Dentro de sus funciones enumeradas por la doctrina<sup>37</sup>, destaco que en el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores.

Por su parte, el art. 3 del C.C.y C., establece que “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Así, y por coordinación de las normas citadas, se ha sostenido que una vez obtenida la solución al caso concreto mediante los tradicionales métodos deductivos e inductivos, debe comprobarse que la solución a la que se llega es consistente en los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hechos similares (elemento de consistencia). Pero además, debe verificarse que sea coherente con el resto del sistema jurídico, armonizando las reglas (elementos de coherencia).<sup>38</sup>

Bajo esta línea de argumentación e interpretación, corresponde destacar que en materia de divorcio, y dada la norma del art. 437 del C.C.y C., debe tomarse en cuenta que la normativa actual recepta un único régimen de divorcio de carácter objetivo o remedio incausado, el que puede ser petitionado por uno, o ambos cónyuges, derogándose el sistema de divorcio causado o subjetivo.

Es decir, se prescinde de cualquier manifestación acerca de las razones —sean de índole objetivas como ser el paso del tiempo de la celebración del matrimonio o estar separados de hecho; o subje-

---

<sup>36</sup> LORENZETTI RICARDO, op.cit.pág. 141.

<sup>37</sup> Código Civil y comentado-Director RICARDO LORENZETTI, tomo I, pág. 39.

<sup>38</sup> Código Civil y comentado-Director RICARDO LORENZETTI, op.cit., pág.41

tivas, fundadas en la violación a uno o varios derechos deberes derivados del matrimonio— para que uno de los cónyuges o ambos soliciten, y la justicia decrete el divorcio.

El fundamento de esta línea legislativa está perfectamente explicitado en los "Fundamentos" del Anteproyecto que dio lugar al nuevo texto civil y comercial y que constituye una importante herramienta de interpretación para desentrañar el verdadero espíritu del cambio que se analiza. En este sentido, se afirma: "Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio"<sup>39</sup>

En la misma línea, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza reputó recientemente al divorcio como la situación jurídica y a las causales del mismo como consecuencias, por lo que aplicó en forma inmediata el Código Civil y Comercial, declarando abstracta la cuestión relativa a la inocencia o culpabilidad del cónyuge.<sup>40</sup>

En el fallo citado, el Superior Tribunal local se hizo cargo de la posible crítica frente a la inseguridad jurídica alegada por las partes, al indicar que los jueces deben fallar conforme la norma vigente a la fecha de la sentencia en los casos que así corresponde. Y que ningún beneficio puede advertirse para los litigantes que continúen enmarañados en eternas discusiones sobre quién fue el culpable del

---

<sup>39</sup> MARISA HERRERA, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar" Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre) 39 )

<sup>40</sup> En "Mauri", de fecha 22/03/2016, en [www.jus.mendoza.gov.ar](http://www.jus.mendoza.gov.ar)

divorcio, cuando ello, solo agudiza los conflictos familiares y causa mayores perjuicios.

También afirmó que el principio de congruencia tampoco se ve afectado, pues que el juez al fallar conforme la nueva ley no modifica la pretensión esencial de las partes que es lograr el divorcio. Solo dejará de analizar los distintos hechos que puedan invocar las partes como originantes de la ruptura matrimonial, que ya no es relevante.

En materia de exclusión de vocación sucesoria, la posibilidad de indagar en la actualidad sobre la ausencia de culpa en la separación del cónyuge pretensor o presencia de culpa en el causante, que permitiría el art. 3575 en coordinación con el art. 204 y 214 del C. Civil en la última etapa anterior a la reforma, conduce al absurdo de analizar en el ámbito civil la existencia de un factor de atribución totalmente derogado y abandonado en el ámbito del Derecho de Familia, contrariando la filosofía misma del nuevo cuerpo normativo.

En la práctica, se estaría juzgando en ámbito civil, lo que en la función judicial de derecho de familia ya ha sido dejado de lado.

Debe recordarse que la necesidad de concordar las reglas del divorcio con las de la exclusión, y fundamentar las soluciones dadas en la exclusión por separación de hecho en el régimen de divorcio -que es más completo que el de la exclusión- ha sido una constante en nuestra doctrina y legislación. En efecto; con anterioridad a la ley 17.711, para dejar a salvo los derechos sucesorios del cónyuge inocente en la separación de hecho, se acudía a las reglas del divorcio, y esto influyó en la reforma introducida por aquella ley.<sup>41</sup>

La diferencia está en que bajo el régimen anterior al nuevo Código, la culpa seguía presente de algún modo; así, para el caso de la separación por más de dos años, era una chance de conservar su vocación sucesoria del viudo que probara su inocencia. En el caso, en que la separación era menor, eran los pretensores legitimados los que debían probar su culpa.

Es decir que la armonización de los arts. 3575, 204 y 214 del Cód.Civil, importaba por un lado partir de la premisa mayor de la

---

<sup>41</sup> PEREZ LASALA, MEDINA, op.cit.pág.713.

objetivación de la separación personal, pero dejaba a salvo la posibilidad de introducir, invocar y en su caso probar la existencia o inexistencia de culpa. En ello, entonces, era la distribución de la carga probatoria la que se veía sobre todo modificada o alterada por las sucesivas reformas producidas en el ámbito del derecho de Familia.

En la actualidad, la discusión es talada en forma abrupta: ya no interesa la culpa, y por ende, no cabe discusión en la carga de la actividad probatoria.

Se puede observar la aplicación práctica de la eliminación de dicho concepto subjetivo, en materia de divorcio, puesto que se ha afirmado en la doctrina que las sentencias que se dicten a partir de agosto del 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias, y por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata... Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme.<sup>42</sup>

Esto es lo que la jurisprudencia nacional<sup>43</sup> y de Mendoza, ya se ha pronunciado en forma positiva a la recepción de dicho principio.

En consecuencia, determinado la aplicación del nuevo régimen normativo en materia de exclusión de vocación hereditaria, los legitimados que pretenden la exclusión del cónyuge separado de hecho deben probar únicamente el supuesto de la separación sin voluntad de unirse previsto por el art. 2437 del C.C.y C., sin que importe si la culpa está presente o no; tampoco será necesario analizar, por ende, sobre quien corresponde hacer recaer la carga probatoria.

---

<sup>42</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", pág.136

<sup>43</sup> Autos n° 71.822 "A.A.L. C/ CR p/ div contradictorio", 13/08/2015). Del mismo modo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (ver "T.T.R., c/ O.M.S./ divorcio, 30/11/2015, cita MJ-JU-M-96065-AR/MJJ96065). En el mismo sentido el Juzgado de primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, "Z., A. K. c. R., C. G. s/ divorcio vincular" 03/08/2015, Publicado en La Ley Online, AR/JUR/26132/201.

Es decir, que las únicas eximentes que importan conservar la vocación para el demandado, son: a) la ausencia de separación entendida esta como cese de cohabitación definitivo o cese del proyecto de vida en común (art 431 C.C.y C.), b) la existencia de voluntad de unión o reconciliación; todo ello, independientemente de quien tuvo culpa en la separación.

Así concluyeron en las Jornadas Nacionales del año 2015, en cuanto surgió del consenso en materia de prueba que “Quien pretende excluir al cónyuge, debe probar el supuesto objetivo de la separación de hecho. Quien considere que no debe ser excluido de la sucesión, será quien deba probar que dicha separación era transitoria o no afectaba el proyecto de vida en común”.<sup>44</sup>

## VI. Conclusión

A partir del 1/08/2015 ha entrado en vigencia un nuevo cuerpo normativo, cuyos paradigmas, valores y principios recepcionados luego de una larga evolución doctrinaria y jurisprudencial, merecen una interpretación restrictiva de los supuestos de exclusión de su aplicación, a fin de no atentar contra la coherencia del sistema normativo argentino actual.

Ello se sostiene, no solamente por el carácter imperativo de las normas de Derecho transitorio que posee, sino sobre todo en aras a armonizar la dura letra de la ley con la realidad social que se percibe y se vive a diario, para lograr la tan ansiada vigencia material y real de la norma jurídica.

En el caso del instituto analizado, esto es la exclusión de la vocación sucesoria del cónyuge separado de hecho, no atender a la incorporación de las modificaciones contenidas en el nuevo plexo, importa atentar contra la coherencia y sistematización que todo ordenamiento jurídico debe poseer para evitar la desintegración estanca y aislada de todo el conjunto normativo.

---

[44] En [www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-07.pdf](http://www.jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-07.pdf)

Propugnamos por la flexibilidad y adaptación del operador jurídico a la norma que proyecta la nueva filosofía de los tiempos actuales.

## **La responsabilidad por daño en el derecho internacional privado comparado**

AB. PABLO ENRIQUE DE ROSAS (MENDOZA)



## I. Introducción

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, la remisión al Derecho de foro para la calificación de las obligaciones no contractuales ha constituido una de las soluciones más frecuentemente utilizadas en el Derecho Comparado, ampliándose actualmente el ámbito de la *lex fori*, a la regulación de la totalidad de las consecuencias derivadas del hecho generador de responsabilidad extracontractual.

Algunos autores fundamentan esta elección en razones de orden público internacional o de normas de policía, o en la relación entre el delito penal con la responsabilidad civil que del mismo se desprende y en la concepción –actualmente en retroceso– de que el deber de reparar surge de los comportamientos intencionales de los agentes<sup>1</sup>.

Para otro sector doctrinario, el replanteo de la problemática de tales obligaciones –antes desarrollado– no debe alterar la tradicional ubicación de esta categoría dentro del estatuto delictual, por estar estrechamente relacionada con la responsabilidad extracontractual que generan tales obligaciones y que conduce a la aplicación del principio *lex loci delicti commissi*.

Sin embargo se han receptado otras conexiones más específicas y estrechamente vinculadas a la situación *jusprivatista* internacional, que intentan localizar un derecho que brinde –en definitiva– una solución que resulte más justa en la esfera internacional.

En cuanto a las previsiones del Derecho Comparado, se analizarán aquellas derivadas de fuente autónoma para luego ingresar a las Convenciones específicas en materia de accidentes de circulación por carretera.

---

<sup>1</sup> FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. “Derecho Internacional Privado - Parte Especial” Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, pag. 318 y sigs.

## II. La Responsabilidad extracontractual: soluciones en el Derecho Internacional Privado Autónomo comparado

### a. *Ley de Derecho Internacional Privado italiana de 1995*

La evolución del Derecho Italiano es un claro ejemplo de la recepción de las tendencias antes apuntadas.

El artículo 25 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil utilizaba la fórmula negativa al disponer que las obligaciones no contractuales se regían por la ley de lugar de comisión del hecho del cual derivan<sup>2</sup>, incluyendo dentro de las mismas las obligaciones legales, los negocios unilaterales, los títulos de crédito, los cuasi-contratos y los hechos ilícitos<sup>3</sup>.

Este precepto ha sido criticado por su generalidad, al equiparar bajo una misma normativa a supuestos que requerían un tratamiento específico, excluyendo únicamente a aquellas obligaciones relacionadas con una institución con régimen jurídico autónomo y a las que se derivan de un acto unilateral que tiene por fundamento una manifestación de voluntad.

La nueva Ley de Derecho Internacional Privado de 1995, re-ceptando las tendencias actuales distingue como fuentes de estas obligaciones, los actos jurídicos unilaterales y las obligaciones legales, estableciendo además, dentro de esta última, dos especies, por un lado los cuasicontratos y las obligaciones legales propiamente dichas y por otro la responsabilidad por hecho ilícito<sup>4</sup>.

Respecto del primer subgrupo, remite a efectos de determinar el derecho aplicable a la ley del Estado donde ocurre el hecho que

---

<sup>2</sup> “Le obbligazioni non contrattuali sono regolate dalla legge del luogo ove è avvenuto il fatto dal quale esse derivano”.

<sup>3</sup> CIAN G. y TRABUCCHI A. “Commentario breve al Codice civile” Padua 1988, pág. 41 y sig.

<sup>4</sup> Dentro de los actos jurídicos unilaterales incluye a la promesa unilateral, los títulos negociables -títulos a la orden- y la representación voluntaria. A su vez dentro de los cuasidelitos tipifica la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago de lo indebido.

le da existencia (artículo 61), mientras que para el segundo prevé que la responsabilidad por el hecho ilícito es regida por la ley del Estado en el cual se producen sus efectos. La víctima puede demandar la aplicación de la ley del Estado en el cual se produjo el hecho generador. Cuando el hecho ilícito implica personas todas de la misma nacionalidad del lugar en el cual residen, se aplica la ley de dicho Estado (art. 62).<sup>5</sup>

Por último el art. 63 ha previsto una solución particular para la responsabilidad por daños ocasionados por productos<sup>6</sup>.

*b. Ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987*

Esta normativa jusprivatista resulta una de las precursoras en la recepción de las nuevas tendencias en materia de responsabilidad extracontractual, al diferenciar en forma tajante los contratos, el enriquecimiento injusto y los actos ilícitos y regulando en forma particular algunos de los institutos de la responsabilidad extracontractual<sup>7</sup>.

Establece que las pretensiones derivadas del enriquecimiento ilícito se rigen por la ley aplicable a la relación jurídica en virtud de la cual se habría producido el enriquecimiento y subsidiariamente por la ley del Estado en la cual el enriquecimiento se produjo. Prevé la facultad de las partes de pactar la aplicación de la ley del foro (Artículo 128).

---

<sup>5</sup> WEINBERG DE ROCA, Inés M. "Derecho Internacional Privado" Editorial Depalma Buenos Aires 1997 Pág. 235 y sig.

<sup>6</sup> A nivel convencional la República italiana no ha ratificado los Convenios de La Haya en materia de accidentes de circulación por carretera y de responsabilidad por daños por productos. Solo ha suscripto este último.

<sup>7</sup> "La responsabilidad civil es concebida como íntimamente vinculada a la organización económica y social de cada país, por lo que no puede cumplir las mismas funciones en los diversos ámbitos de la misma, sino que ejerce una función específica en cada sector de actividad susceptible de generar actos ilícitos" Ver CALVO CARAVACA, Luis A. Y Otros. Ob. citada.

Con relación a los actos ilícitos faculta a las partes a convenir la aplicación del derecho del foro post facto (Artículo 132), receptando además la ley de la residencia habitual común de las partes y subsidiariamente el derecho del lugar de comisión del hecho. Solo podría aplicarse la ley del lugar donde tal hecho produce efectos, si el resultado era previsible. Excluye específicamente a aquellos actos ilícitos que violan una relación jurídica entre el autor y la víctima, declarando aplicable la ley que rige dicha relación (Artículo 133).

Específicamente en materia de accidentes de tránsito, declara aplicable la Convención de La Haya de 1971 y en lo que respecta a las indemnizaciones, determina aplicable la ley suiza con independencia de la remisión al derecho extranjero de las normas de derecho internacional privado suizo (Artículo 135).

En materia de competencia desleal declara aplicable la ley del Estado en cuyo mercado se produce el efecto, cuando afecte exclusivamente a un establecimiento, se aplicara la ley del lugar de la sede del mismo (Artículo 136).

En cuanto a las violaciones a los derechos de la personalidad por los medios –prensa, radio, televisión u otro medio público de información– se establecen puntos de conexión alternativos, previendo, a elección del actor, la ley de la residencia habitual de la víctima, la ley de la residencial habitual del autor y la ley del lugar donde se producen los efectos del acto. El derecho a réplica periódica se rige por la ley del lugar en el cual se publica o difunde (Artículo 139).

Cuando se trata de un acto ilícito con multiplicidad de autores determina la autonomía en cuanto a la aplicación de la ley a cada uno de ellos (Artículo 140).

### *c. Ley de Quebec de 1991 – Libro Décimo del Código Civil*

Receptando la tendencia del modelo suizo, el Código Civil distingue entre “algunas otras fuentes de las obligaciones” –gestión de negocios, pago de lo indebido y enriquecimiento injusto– y la “responsabilidad civil”.

Para este último supuesto determina aplicable la ley del lugar del hecho o la ley del lugar donde se producen sus efectos, cuando fuera previsible, a la obligación de reparar un perjuicio. Prevé además la aplicación de la ley del domicilio o residencial habitual común (Artículo 3126).

Cuando se trate de una obligación derivada de la inejecución de una obligación contractual, establece la aplicación de la ley que rige el contrato (Artículo 3127).

#### *d. Ley Australiana de Elección de Derecho Aplicable de 1992*

Este modelo que emana de la familia del common law, en su Artículo 6 “Reclamo por un hecho ilícito”, al establecer en el inciso 2) el ámbito de aplicación de la responsabilidad extracontractual, tipifica diferentes supuestos con un amplio espectro, a saber:

-Reclamos por hechos ilícitos o reclamos similares a los derivados de un hecho ilícito;

-Reclamos fundados en una ley que establezca la facultad de impletrar o ejecutar reclamos por hechos ilícitos o de la naturaleza similar contra el patrimonio de una persona fallecida;

A efectos de la determinación de la ley aplicable, distingue si el hecho ha generado una lesión personal o la muerte, o daños o interferencias con derechos de propiedad o derechos de posesión, estableciendo para el primer caso la ley vigente en el lugar donde se encontrare cuando el daño fue ocasionado, mientras que para el segundo regirá la ley del lugar de situación del bien.

Si el reclamo surge de una difamación resultará aplicable la ley del lugar donde el demandante residía o, si el demandante es una persona jurídica, la ley vigente en el lugar del asiento principal de sus negocios.

Específicamente en lo que respecta a los accidentes de tránsito, el Artículo 7 establece la misma ley aplicable tanto para las lesiones como para la muerte de personas derivadas de accidentes de trán-

sito, diciendo que se resolverá el reclamo pertinente de acuerdo con la ley vigente en el Estado o territorio donde la persona se encontraba cuando se le causó el daño.

No obstante, prevé la facultad del juez competente de apartarse de la aplicación de dicha ley cuando el reclamo tenga sustancialmente mayor conexión con la ley de otro Estado, siempre teniendo en cuenta, como punto de conexión la residencia de las partes involucradas en el proceso, al momento del accidente y el Estado de registración de los vehículos implicados en el mismo.

### III. Forum Damni en la Unión Europea. El Convenio de Bruselas de 1968

El Convenio de Bruselas de 1968, de la Unión Europea, prevé cuatro foros alternativos a elección del actor, para las acciones de responsabilidad delictual y cuasi delictual, determinados según se enuncia a continuación:

Autonomía de la voluntad: Son competentes los tribunales de los Estados partes en el Convenio a los que las partes se hayan sometido expresa o tácitamente (Arts. 17 y 18).

Foro general del domicilio: También pueden ser competentes los Tribunales de un Estado donde tenga su domicilio el demandado (Art 2).

Foro de comisión del hecho: Son competentes los Tribunales del Estado parte en que se hubiera producido el hecho “dañoso”, siempre que el demandado estuviere domiciliado en un Estado parte (Art.5.3).

Foro del proceso civil acumulado: Son competentes los Tribunales penales de un Estado parte, cuando se trate de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución derivadas de la acción civil intentada ante ese Tribunal (Art.5.4).

Un importante avance resulta la definición de la responsabilidad extracontractual emanada de jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE), al establecer que esta es un concepto autónomo que incluye todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual.<sup>8</sup>

A pesar de la contribución que al tema hace esta definición, se deja sin resolver algunas dudas respecto de las demandas por responsabilidad del demandado en la acción pauliana, en acciones reales mobiliarias, en la acción in rem verso, la acción de restitución de pago indebido o las acciones nacidas de la gestión de negocio, dado que en estas acciones deberá determinarse, vía judicial, si constituyen materia delictual o cuasidelictual.

Por otra parte, en los delitos a distancia o complejos se complica la determinación del ámbito del foro de lugar del hecho dañoso, en los supuestos de daños localizados en el territorio de varios Estados.<sup>9</sup>

La Unión Europea, además del Convenio de Bruselas citado, aplica para situaciones especiales de responsabilidad civil distintos Convenio internacionales específicos que conforme al art.57.1 de Bruselas, también regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones.<sup>10</sup>

### *3.1 LOS SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL SISTEMA DE RECLAMOS EN LA UNIÓN EUROPEA.*

En el ámbito de la Unión Europea, generó especial preocupación la necesidad de buscar soluciones uniformes referidas al sistema de reparación de daños ocasionados por una conducta delictual o cuasidelictual, centralizando su atención principalmente en la víctima del hecho dañoso y su protección. Las estadísticas sobre accidentes de tránsito ocurridos en la Comunidad y sus numerosas víctimas, llevó al desarrollo de una política comunitaria de seguridad vial, la que en un primer momento intentó la armonización legislativa pre-

---

<sup>8</sup> Sentencia STJCE del 27.8.1998 re Kalfelis vs Sroder, (as.189/177). Citada por Manuela Eslava Rodríguez, en CALVO CARAVACA, ALFONSO Y OTROS. Derecho Internacional Privado, Tomo II de Pag.418, Editorial Comares, Granada, España, 2000.

<sup>9</sup> CALVO CARAVACA Luis A. y Otros Ob. citada pág. 418/9.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo podemos citar, entre otros, el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma 1952.

via a la implementación de la obligatoriedad en materia de seguros de responsabilidad civil.

Esta postura posteriormente fue modificada, ante la imposibilidad de conciliar los sistemas de responsabilidad civil de tradición continental europea y el sistema del Common Law, optándose por la liberalización sin armonización previa.<sup>11</sup>

La evolución de la política comunitaria al respecto registró los siguientes avances:

**Obligatoriedad de contratación:** se implementó el seguro de responsabilidad civil obligatorio, en todo el ámbito comunitario, como forma de proteger a las víctimas de accidentes de tránsito acaecidos en la Comunidad, garantizando la existencia de una persona civilmente responsable, con medios para afrontar el siniestro.<sup>12</sup>

**Indemnizaciones por daños patrimoniales:** tiende a solucionar otro de los problemas generados ante el reclamo de una indemnización, previendo la inoponibilidad a los reclamantes –víctimas–, de los incumplimientos contractuales del responsable del hecho para con la Aseguradora. Asimismo se extiende al ámbito internacional, la cobertura de las funciones de los Fondos Nacionales de Garantía<sup>13</sup>.

**Uniformidad de la prima del contrato de seguro:** se determina una prima única para todo el ámbito comunitario, que extiende el supuesto de responsabilidad para la indemnización a la totalidad de los ocupantes de vehículo, con excepción de conductor<sup>14</sup>.

**Sistema de reclamos a efectuarse en el foro de la residencia de la víctima:** se organiza un sistema para que la persona que ha sufrido un daño en un Estado diferente al de su residencia, pero dentro de la Unión, pueda realizar el reclamo ante las autoridades que la Compañía Aseguradora pertinente tenga designadas en el Estado

---

<sup>11</sup> Cf. PAGES LLOVERAS Roberto M. “Responsabilidad civil y Seguros con relación a la tutela de las víctimas de accidentes de tránsito.” Revista “La Voz del Foro”. Año III – N° 16 – Marzo 2004. Pág. 22

<sup>12</sup> Directiva 72/166/CEE.

<sup>13</sup> Directiva 84/5/CEE Cf. PAGES LLOVERAS Roberto M. Ob. Citada.

<sup>14</sup> Directiva 90/232/CEE.

parte de la residencia del damnificado, pudiendo tramitarse e incluso abonarse el reclamo en dicho país. Se soluciona de esta manera el problema del conflicto de jurisdicciones en materia de responsabilidad civil, estableciendo un foro de protección que facilita a la víctima el acceso a la jurisdicción<sup>15</sup>.

Celeridad en los procedimientos: se establece que los Estados parte deben prever sanciones pecuniarias o administrativas equivalentes para supuestos de demoras o dilaciones injustificadas por parte de las Compañías Aseguradoras, además de implementar mecanismos para que las Empresas de Seguros abonen intereses por mora, cuando no efectúen una oferta al damnificado dentro de los tres meses a contar de la presentación del reclamo<sup>16</sup>.

#### CONVENIO SOBRE LEY APLICABLE EN MATERIA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA - LA HAYA, 4 DE MAYO DE 1971

Dentro del proceso de diversificación y búsqueda de soluciones específicas a los diferentes supuestos de la responsabilidad extracontractual, esta Convención, a través de una técnica de reglamentación indirecta con puntos de conexión múltiples, unifica los criterios a efectos de la determinación del derecho aplicable a los accidentes de circulación por carretera, con una concreta tendencia a su aplicación universal.

##### *a) Ámbito de aplicación material*

En sus dos primeros artículos el Convenio delimita su ámbito material, al señalar que resultara aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera,

---

<sup>15</sup> Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Cf. PAGES LLOVERAS Roberto M. Ob. Citada.

<sup>16</sup> Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Cf. PAGES LLOVERAS Roberto M. Ob. Citada.

286 Este Convenio no ha sido ratificado por la República Argentina.

con independencia de la jurisdicción encargada de entender en el asunto (Artículo 1 primer párrafo). Esta alusión a la jurisdicción tiene por objetivo superar la problemática derivada de la facultad del actor de efectuar el reclamo de resarcimiento en sede penal, en sede civil, o en cualquier otra que pudieran establecer las normas de competencia judicial interna.

La Convención no brinda las pautas necesarias y clarificadoras para deslindar ambas esferas de responsabilidad -contractual y extracontractual- quedando librada al Derecho del foro la calificación de la naturaleza jurídica de un acto a efectos de determinar se ubica dentro de la responsabilidad contractual o delictual.

Esta falta de delimitación podría generar al decir de la Profesora Eslava Rodríguez, “una inaplicación desigual del régimen convencional en los Estados parte”<sup>18</sup>.

No obstante, y a fin de identificar supuestos de responsabilidad extracontractual que abarca la Convención, en su artículo 2 excluye específicamente la responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de vehículos, la responsabilidad del propietario de la vía de circulación o de cualquier otra persona encargada de asegurar el mantenimiento de la vía o la seguridad de los usuarios, responsabilidad por acciones de terceros, excepto la responsabilidad del propietario del vehículo o la del comitente, las reclamaciones entre personas responsables, reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros, y acciones y reclamaciones ejercitadas por o contra los Organismos de Seguridad Social, de seguros sociales o de instituciones análogas y los fondos públicos de garantía automovilística, así como los casos de exclusión de responsabilidad previstos por las normas que regulan estos Organismos.

El fundamento de esta exclusión radica en la necesidad de darle autonomía a estos supuestos respetando la vinculación que los mismos tienen con una relación jurídica específica, a cuya ley estarán sometidos.

---

<sup>18</sup> CALVO CARAVACA Luis A. y Otros Ob. citada pág. 596.

### *b) Ámbito de aplicación espacial*

La Convención resulta aplicable a los accidentes de tránsito que presenten algún contacto con uno de los Estados signatarios de la misma, sin requerir un elemento concreto de internacionalidad.

En este sentido cabe mencionar que en virtud de lo establecido en el artículo 11, la aplicación de los diez primeros artículos “no depende de condición alguna de reciprocidad”, y que “el Convenio se aplicara aun cuando la ley aplicable no sea la de un Estado contratante”.

En consecuencia, la aplicación de la Convención a los accidentes de circulación por carretera, solo requerirá que estos últimos presenten un contacto con uno de los Estados Parte.

Podríamos agregar que dicho contacto deberá ser calificado como razonable, a fin de evitar situaciones exorbitantes, que generen indefensión para alguna de las partes.

### *c) Calificaciones*

A efectos de una interpretación uniforme, el Convenio en el segundo párrafo del artículo 1, define accidente de circulación como “todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo”.

### *d) Ley aplicable*

Los artículos 3, 4, 5 y 6 de la Convención establecen un sistema normativo con una pormenorizada casuística, a efectos de determinar cuál es la ley aplicable a cada hipótesis en particular.

En primer lugar prevé como regla general que la ley aplicable será la del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, es decir, sienta el principio de la *Lex delicti commisi* (Artículo 3).

Luego establece excepciones para la responsabilidad con respecto al pasajero distinguiendo (Artículo 4):

a) Cuando en el accidente intervenga un solo vehículo, matriculado en un Estado diferente de aquel en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, regirá la ley del Estado de matrícula del vehículo a efectos de determinar la responsabilidad:

-respecto del conductor, poseedor, propietario o cualquier otra persona que tenga un derecho sobre el vehículo, sustrayéndolo de la ley de su lugar de residencia de habitual;

-respecto de una víctima que viajaba como pasajero, si tenía su residencia habitual en un Estado distinto de aquel en el cual ocurrió el accidente;

-respecto de una víctima que se encontraba en el lugar del accidente pero fuera del vehículo, si coincide su residencia habitual con el Estado de matrícula del vehículo. Ante la pluralidad de víctimas, se determinara la ley aplicable en forma individual.

b) Cuando los vehículos implicados en el accidente fueran varios, se aplicara el inciso “a” cuando todos estuvieren matriculados en un mismo Estado.

c) Ante el supuesto de pluralidad de vehículos intervinientes y de víctimas afectadas que se encontraren fuera de tales vehículos y en el lugar del accidente, serán de aplicación las soluciones previstas en los incisos a) y b) solo si todas esas personas tuvieren su residencia habitual en el Estado en el cual el o los vehículos estuvieran matriculados. Establece así una condición acumulativa a fin de determinar la ley aplicable.

El mismo régimen resultara aplicable tanto a la responsabilidad por los daños producidos en los bienes transportados por vehículo, que pertenezcan al pasajero o hayan sido confiados a su cuidado, como a aquellos daños producidos en bienes transportados que no revistan dicha calidad.

Respecto de la responsabilidad por los daños producidos en los bienes que se encontraban fuera del o de los vehículos, prevé la aplicación de la ley del lugar de comisión de hecho, mientras que para los daños en los efectos personales de la víctima que se encontraren fuera del o de los vehículos, será de aplicación la ley de matrícula de tales vehículos (Artículo 5).

Por último, ante la imposibilidad de establecer la matrícula de un vehículo o en el supuesto de matriculación en diferentes Estados, contempla la aplicación subsidiaria de la ley de habitual estacionamiento del vehículo, lo que conduce a la calificación por parte del foro de la habitualidad requerida para la localización de este punto de conexión (Artículo 6).

Asimismo y considerando la especial relevancia que tienen las normas internas sobre circulación y seguridad, prevé que las mismas -en vigor en el lugar y momento del accidente- deberán ser “tenidas en cuenta” a efectos de la determinación de la responsabilidad.

#### *e) Alcance de la ley aplicable*

En cuanto al alcance de la ley declarada aplicable por la Convención, el artículo 8 determina en una exhaustiva enumeración los aspectos de la responsabilidad extracontractual que se rigen por dicha ley, a saber: las condiciones y alcance de la responsabilidad, las causas de exoneración, así como toda limitación y distribución de responsabilidad, la existencia e índole de los daños indemnizables, las modalidades y cuantía de la indemnización, la transmisibilidad del derecho a indemnización, los legitimados para solicitar indemnización por daños personales, la responsabilidad del comitente por causa de su encargado y las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, interrupción y suspensión de los plazos.

#### *f) Acción directa contra el asegurador*

Las personas perjudicadas tendrán derecho a actuar directamente contra la persona que revista el carácter de Asegurador del respon-

sable, solo si ese derecho es reconocido por la ley aplicable en virtud de la Convención. Si ninguna de las leyes aplicables reconociera este derecho, podría ejercitarse

*g) Orden público internacional*

Esta Convención, de la década del 70, ya prevé la necesidad de acotar la facultad de los Estados parte de impedir la aplicación del derecho, cuya competencia surja de las disposiciones de la misma, declarando que solo podrá rechazarse la misma cuando sea “manifiestamente” contraria al orden público (Artículo 10).

Este orden público previsto y acotado debe calificarse como internacional, a fin de no quitarle efectividad a la norma.

## **Corolario**

Creemos importante para los operadores del derecho argentino el estudio como referencia del derecho internacional privado comparado (especialmente el de fuente convencional) teniendo en cuenta la sanción del Código Civil y Comercial Ley 26.994 que entró en vigencia el día 01 de agosto de 2015.

La especial regulación del Código Civil y Comercial argentino a la obligación de aplicación en primer lugar a tratados internacionales hace que el estudio comparado de las fuentes del derecho internacional privado sean de vital importancia para la doctrina y jurisprudencia argentina.

## **La acción preventiva ¿una solución definitiva al conflicto societario?**

AB. RODRIGO CUERVO (MENDOZA)



## I. El problema del conflicto societario estructural

El presente trabajo intentará abordar brevemente la vieja problemática de los conflictos societarios<sup>1</sup> en las sociedades cerradas, desde nuevas perspectivas que puede brindar el CCCN y en la espera de poder colaborar con potenciales soluciones a la realidad negocial. Los problemas de mayorías y minorías en las sociedades cerradas han sido profusamente tratados por nuestra doctrina y jurisprudencia y es reconocido como uno de los problemas más graves y de difícil solución del derecho societario.

La realidad demuestra con una frecuencia lamentable que, por diversas causas<sup>2</sup>, el grupo de control abusa del principio de gobierno

---

<sup>1</sup> Es obligatorio referir al clásico concepto de Carlos Suárez Anzorena, quien explica que “existe conflicto societario toda vez que entre la persona jurídica sociedad y otra u otras personas sujetas a su particularizado orden jurídico, se da un esto de litigio originado por la promoción en sede judicial de una acción social que, previo trámite sumario, se resolverá con aplicación prioritaria de dicho orden jurídico y, en caso de ser acogida, motivará una decisión extrasocial que lo modifica y, por lo tanto, con efectos directos e inmediatos respecto de todos quienes se encuentran sujetos al mismo, hayan o no participado del litigio”. SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “La noción de ‘conflicto societario’”, en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y V Congreso de Derecho Societario, Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba, 1992, t. II, p. 279 y sgtes. En cuanto a sus notas características, particularmente en sociedades de familia: FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) y SPAGNOLO, Lucía, “El conflicto Societario – Familiar: características, prevención y etapas para la construcción de la solución, disponible en [www.favierduboisspagnolo.com](http://www.favierduboisspagnolo.com); BRANDAM, María Gabriela y SANDRO, Candelaria, “Abordaje interdisciplinario de los conflictos en las relaciones familiares en la empresa” y FOURCADE, María Viviana, “Análisis sistémico del conflicto en la empresa familiar”, ambos en *La Empresa Familiar*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 37 y 64 respectivamente.

<sup>2</sup> Para un análisis detallado y sistemático de las causas del conflicto societario en sociedades cerradas: NISSEN, Augusto, “El Conflicto Societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y so-

mayoritario, desviando el interés social en beneficio propio y a costa de los socios de menor participación<sup>3</sup>, quienes carecen de un mercado secundario que les permita salir del negocio y recuperar su inversión. Así, mediante conductas dirigidas a despatrimonializar la sociedad, a asfixiar financieramente a la minoría, o privarla de sus derechos políticos y/o económicos<sup>4</sup>, la mayoría margina al minoritario de la vida societaria, con la frecuente intención de forzar su expulsión mediante adquisición de sus participaciones por un valor muy inferior al real (freeze-out o squeeze-out)<sup>5</sup>.

---

lución”, en Revista de las Sociedades y Concursos, Ad Hoc, Buenos Aires, Nº 11 - julio/agosto - 2001, p. 15 y sgtes; VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, “La protección de las minorías societarias frente a la opresión”, Thomson Civitas, Arazandi, Navarra, 2007, p.44 y sgtes, este último libro, de fundamental consulta en este trabajo.

<sup>3</sup> En el amplio abanico de medidas, son de moneda corriente la exclusión de los órganos de administración y control con la consiguiente pérdida de remuneración, el despido del minoritario como empleado (o de alguno de sus familiares), la fijación de honorarios exorbitantes de los administradores, realización de operaciones y gastos no documentados, retención de dividendos en diversas formas, balances inexactos, despatrimonialización por venta o cesión de activos, trasvasamiento de los negocios, licuación de la posición por aumentos de capital, reorganización triangular, impedimento de ejercicio de derechos de información y voto, sumado a un largo etc.

<sup>4</sup> Esta categorización de conductas es tomada de VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p.32 y sgtes.

<sup>5</sup> Los términos “freeze-out” o “squeeze-out” fueron acuñados desde antiguo por la práctica forense norteamericana, implicando el primero de ellos una actitud de marginación o “congelamiento” del minoritario y, el segundo, una forma más agresiva de presión o “asfixia” para lograr forzar su salida; por tratarse de prácticas similares con efectos análogos, son términos utilizados frecuentemente como sinónimos. Cfr. O’NEIL, “Squeeze-Outs o minority shareholders: expulsion or oppression of business associates”, Callaghan & Co., Chicago, 1975; “Freezing out Minority Shareholders”, en Harvard Law Review, Vol. 74, No. 8 (June, 1961), p. 1630-

Como contrapartida, el socio minoritario se ve empujado a acudir reiteradamente a la justicia con el fin de obtener medidas concretas para intentar aminorar o prevenir su daño, muchas veces, obstaculizando la vida societaria con el objeto de forzar al grupo de control a la compra de sus participaciones. Sin embargo, las acciones de nulidad, remoción, responsabilidad, las medidas cautelares y demás herramientas legales con las cuales cuenta el socio agraviado, están destinadas a resolver conflictos concretos o coyunturales de la vida societaria, pero no son idóneas para dar solución a la relación conflictiva o conflicto estructural y permanente que suele generarse<sup>6</sup>. Más aún, este tipo de medidas no solamente no solucionan la relación conflictiva estructural, sino que normalmente exacerban las diferencias y generan cruzadas vengativas del grupo de control, resultando en batallas judiciales de réplica periódica que escalan el conflicto y quitan incentivos para tomar decisiones económicamente correctas para la sociedad y el conjunto de socios<sup>7</sup>.

Al igual que ocurre en la institución matrimonial, cuando las relaciones societarias ha devenido en estructuralmente conflictivas y la *affectio* ha desaparecido por completo, la paz y sustentabilidad

---

1647, ambos citados por GARBER, Carlos A., “El cesarismo de las mayorías en las sociedades anónimas ‘cerradas’ norteamericanas”, en *Temas de Derecho Comercial* N° 1, Conflictos Societarios, Ábaco, Buenos Aires, 1983, p. 42 y 44.

<sup>6</sup> Sobre esta fundamental clasificación, Alfaro Águila-Real diferencia entre “conflictos concretos” y “relación conflictiva”, mientras que Vázquez Lépinette distingue iguales fenómenos entre “conflictos coyunturales” y “conflictos estructurales o permanentes”: ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús; “Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, N° 222 (octubre-diciembre, 1996), p. 1080; VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p. 51, con cita a SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital”, Madrid, 200, p. 196 y sgtes.

<sup>7</sup> Cfr. ALFARO, ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit., cita al pie N° 3, p. 1080.

de la empresa no encuentra otra solución efectiva que el divorcio de los socios; lamentablemente, es el propio conflicto el que impide que el la separación sea consensuada.

Ahora bien, es sabido que a diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, ante falta de mecanismos estatutarios o acuerdo de los socios para dar fin al conflicto crónico y estructural, nuestro derecho se ha mostrado totalmente ineficaz a la hora de permitir la salida de un socio o brindar respuestas efectivas. Justamente, de acuerdo al modo limitado en que está reglado el derecho de receso (arts. 160 y 245 LGS) y los mecanismos de resolución parcial y exclusión (arts. 89 y 91 LGS), no existe en nuestra ley soluciones que permitan el apartamiento del minoritario ante las prácticas abusivas de la mayoría, situación que se muestra aún más grave en la Sociedad Anónima<sup>8</sup>.

Así las cosas, cuando el conflicto societario asume una naturaleza estructural y permanente, la ausencia de herramientas de salida en nuestro sistema legal conlleva, además de una gravísima afectación de los derechos constitucionales del minoritario<sup>9</sup>, que el con-

---

<sup>8</sup> En tanto a que la prevalencia del capital por sobre el elemento personal define un sistema que, al no prever legalmente la herramienta de la exclusión (art. 91 LGS), termina por blindar a los socios dentro de una dinámica decisoria que facilita de por sí el abuso mayoritario y agrava el daño de la minoría.

<sup>9</sup> La enorme fuerza de cohesión del contrato de sociedad deriva principalmente de su naturaleza plurilateral funcional, por la cual, a falta de previsión de causales de resolución parcial (art. 89 LGS) el contrato las vincula en forma interdependiente al fin común que le sirve de causa, por todo el plazo comprometido y más allá del incumplimiento del contrato en el que pudieran incurrir las otras partes (argumento de los arts. 16 LGS y 1443 CCCN). Sin embargo, tal y como terminó interpretando la jurisprudencia anglosajona y parte de la europea –según será expuesto adelante– pretender mantener la fuerza vinculante del contrato de sociedad cuando concurren causas que hacen que irrazonable para el minoritario continuar la relación, afectan su derecho de libertad, de propiedad privada, igualdad y a ejercer industria lícita. Por su parte, la mencionada característica no es

flicto aparezca como insoluble y, por lo tanto, esencialmente injusto. En este contexto, la relación conflictiva no solo genera gravísimos daños a la minoría, sino habitualmente también a la propia sociedad, en cuanto obstaculiza la toma de decisiones, rompe la dinámica operativa de la empresa y reciente las relaciones con clientes, proveedores y entidades financieras, conllevando no pocas veces a su concurso o quiebra.

Más aún, dado que el fenómeno de la sociedad cerrada es en la enorme generalidad de los casos el vehículo jurídico de la empresa familiar o de amigos, el conflicto societario descripto acarrea normalmente no solo la destrucción empresarial, sino también la ruptura definitiva de los vínculos familiares y afectivos de sus socios, con su consecuente padecimiento psicológico y emocional, muchas veces irreversible y más grave que el daño económico.

## II. Breve referencia al estado del problema en el derecho argentino y comparado

Ante la situación expuesta, la doctrina nacional ha propugnado desde hace tiempo la implementación y profundización de las vías alternativas de solución de conflictos<sup>10</sup> y la regulación de mecanis-

---

esencial en este tipo de contratos, ya que existen en nuestro derecho contratos plurilaterales, personificantes y de actividad empresaria que confieren amplia salida a los socios, sin perder por ello su naturaleza, tal y como es el caso de las sociedades cooperativas. Sobre los principios jurídicos y económicos que imponen la necesidad de dar salida al socio en condiciones justificadas, es forzosa la lectura de ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit., p. 1082 y sgtes.

<sup>10</sup> Ante la falta de respuestas estructurales del ordenamiento argentino, la doctrina ha remarcado la necesidad de que las partes las arbitren por sus medios, sea en forma preventiva o posterior al conflicto, el avocamiento a la mediación y el arbitraje en materia societaria. Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La Prevención, la administración y la solución de los conflictos societarios. Panorama actual, instrumentos y propuestas”, La Ley, Tomo 2010-E, Ejemplar del 23-8-10, pág.1 y sgtes; MOLINA SAN-

mos que permitan dar solución estructural al conflicto, ya sea mediante la diferenciación de las sociedades anónimas abiertas y cerradas, la ampliación de los supuestos de intervención societaria o la superación de los criterios restrictivos de la jurisprudencia en su interpretación, así como la ampliación de los supuestos de disolución, de exclusión o del derecho de receso<sup>11</sup>.

---

DOVAL, Carlos A., “El arbitraje en la dinámica de los conflictos societarios”, en *El Derecho, Jurisprudencia General*, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, t. 213, p. 899 y sgtes. Asimismo, la resolución alternativa de conflictos fue enfatizada en el Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de 2005. Cfr. CRACOGNA, Dante, “Los conflictos societarios y su solución en el Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales de 2015”, en *Estudios de Derecho Comercial Moderno*, en homenaje al Prof. Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 387 y sgtes.

<sup>11</sup> MUGUILLO, Roberto A. y otros, “Disolución de la Sociedad que no distribuye utilidades”, GULMINELLI, Ricardo L., “Propuesta de lege ferenda al art. 70 L.S. para la protección de las minorías” y BOUGAIN, Fernando E., “Los accionistas minoritarios en las operaciones de reestructuración de empresas”, todos ellos en VI Congreso Argentino de Derecho Societario II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 95, 343, 359 y sgtes., respectivamente; NISSEN, Augusto, op. cit., p. 43 y sgtes.; TON, Walter, “Se debe regular la desvinculación del socio minoritario de la sociedad cerrada”, disponible en [www.estudioton.com.ar](http://www.estudioton.com.ar). Antes de la reforma de la ley 22.903, SANDLER, Max, “Derecho de receso por aumento de capital y los conflictos societarios”, en *Revista del Notariado*, Colegio de escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1986, N° 789, p.735. En el derecho español, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit; VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit; MEGÍAS LÓPEZ, Javier, “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014); GADEA SOLER, Enrique, “La separación de los socios en las sociedades mercantiles: el caso particular de las fusiones heterogéneas”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 3, Época I, Septiembre-diciembre 2013.

Sin embargo, pese a tales reclamos, la sanción de la Ley 26.994 dispuso la modificación de una veintena de artículos en la hoy Ley General Sociedades, pero lamentablemente perdió la inmejorable oportunidad de incorporar esta necesaria regulación que pedía a gritos la realidad negocial.

Ahora bien, como contracara, es fundamental a los fines de este trabajo ver la evolución que en el tema han tenido algunos ordenamientos del continente europeo y, particularmente, el derecho anglosajón. Efectivamente, dado que estos regímenes han partido originalmente de estructuras normativas similares a las nuestras, ellos no han sido ajenos al problema descrito, pese a lo cual han ido encontrando por vía jurisprudencial y legislativa soluciones al conflicto estructural, sea mediante la ampliación y flexibilización de las relationship preserving norms, como también mediante la creación de diversas end game norms<sup>12</sup>. En una apretada síntesis, puede marcarse en el derecho comparado un doble camino de solución: las el derecho de receso por justos motivos del ordenamiento alemán y suizo, y los equitable remedies anglosajones.

En primer lugar, en cuanto a las soluciones del derecho europeo continental, la evolución doctrinaria y jurisprudencial alemana fue consolidando el austrittrecht, es decir, el derecho de receso al minoritario cuando concurren circunstancias que hagan inexigible su permanencia en la sociedad. En este sentido, se ha entendido que el derecho de separación es parte esencial del derecho societario pese a no estar previsto estatutaria o legalmente, en cuanto es reflejo de un principio “cuasiconstitucional” imperativo del derecho privado de denunciabilidad de las relaciones duraderas, consecuencia de que nadie puede estar obligado a vincularse eternamente cuando existan razones serias para no hacerlo<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> “Relationship preserving norms” son normas encaminadas a resolver un conflicto concreto, partiendo del presupuesto en que vale la pena conservar la relación societaria. Por el otro lado, las “end game norms” son aquellas que apuntan a deshacer una relación conflictiva en la cual el conflicto ha devenido en estructural. Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit, p. 51.

En esta misma línea, el derecho suizo ha incorporado legislativamente el derecho de receso en el art. 822 C) 2) del Código Suizo de las Obligaciones, facultando a cualquier socio a requerir al juez su salida de la sociedad o la disolución de la misma existiendo justa causa. Asimismo, resulta plausible la regulación de los artículos 340 y 642 del Code des Sociétés<sup>14</sup> belga, que siguiendo la estructura normativa típicamente continental ha brindado al minoritario la facultad de requerir al juez el buy-out de sus participaciones a los mayoritarios, clásico remedio anglosajón<sup>15</sup>.

En segundo lugar, el fenómeno observado en el derecho anglosajón muestra ante estas situaciones complejas y diversas, soluciones mucho más ricas que descansan en el criterio del juez para arbitrar los remedios más adecuados a cada caso.

En particular, en relación al derecho norteamericano, un panorama apretado muestra que originalmente la doctrina y jurisprudencia

---

<sup>13</sup> ALFARO, ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit., p. 1108 y 1114. Explica este autor que “si, por un error del legislador o por un diseño defectuoso de sus relaciones por los particulares, estos no tuvieran a su disposición un instrumento razonablemente efectivo para lograr la desvinculación, el error debe corregirse integrando con alguna salida la regulación legal o declarando nula por contraria al orden público la regulación contractual correspondiente”. Cfr. Sentencia Tribunal Supremo Alemán del 16/12/1991, publicada en *Wochenschrift*, 1992, p.892 y sgtes., citada por VAZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. p. 57. Manifiesta este último autor que en el derecho alemán se ha considerado “justa causa” el que la sociedad hiciera pr estamos a bajo interés al mayoritario, o que -combinado con otras maniobras- se destinaran sistemáticamente los beneficios a reservas sin justificación.

<sup>14</sup> Disponible en <http://www.droitbelge.be/codes.asp#soc>.

<sup>15</sup> Explica Vázquez Lépinette que la jurisprudencia belga considera que existe “justa causa” cuando se da un desacuerdo profundo y permanente que impide de hecho cualquier colaboración ulterior entre los socios. No es necesario que proceda de un comportamiento doloso, pero es necesario que sea imputable al socio frente al que se ejercita el derecho de compra forzosa, adelante, en tónica similar a lo que hoy prevé el art. 1713 del CCCN. Cfr. VAZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. p. 58.

dencia<sup>16</sup> apeló al pragmatismo y la analogía para conferir al socio minoritario bajo oppression –a falta de previsión legal y estatutaria– la facultad de requerir judicialmente la disolución cuando se probaba que el grupo mayoritario había actuado en contra a su deber fiduciario o se los privaban de las razonables expectativas que tiene como socio<sup>17</sup>.

En una evolución casi simultánea, atendiendo a que el remedio de la disolución resultaba muchas veces peor que el problema del conflicto, los tribunales comenzaron a optar por soluciones menos drásticas y económicamente más eficientes, ampliando simultáneamente los supuestos de oppression que hacían aplicables estos mecanismos. Así, fueron instalando progresivamente una variado abanico de equitable remedies, principalmente por la vía de las injunctions, consistentes en órdenes de dar, hacer o no hacer impuestas por el juez en forma previsional o definitiva a los fines de solucionar una situación injusta; en este caso, órdenes impuestas a la sociedad, al mayoritario o a terceros, con el objeto de sanear o cortar eficazmente la relación con el minoritario damnificado<sup>18</sup>. Así se ha dispuesto por

---

<sup>16</sup> En Inglaterra fueron los tribunales de equity los que dieron el puntapié y riqueza a estos remedios.

<sup>17</sup> La causal disolutoria se encontraba originalmente acotada a supuestos que no comprendían la oppression. Son dignos de resaltar los pioneros casos de Illinois y Pennsylvania, los cuales desde 1933 establecieron la oppression como causa disolutoria de la sociedad. Cfr. MATHESON, John H., “A Simple Statutory Solution to Minority Oppression in the Closely-Held Business”, *Minnesota Law Review*, 2007, 657, p. 665, disponible en [www.scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/104](http://www.scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/104), publicación en la que puede consultarse un clarísimo panorama de la situación en EEUU, con cuadros comparativos anexos que explican las fuentes normativas, tendencias interpretativas y herramientas disponibles al minoritario.

<sup>18</sup> Fue recién mediando la década de 1970 en que los estados norteamericanos fueron incorporando progresivamente este principio de la opresión del minoritario como causal disolutoria, consolidado en la jurisprudencia. Asimismo, ya desde aquel momento, las reformas fueron cristalizando otros remedies alternativos que los tribunales usualmente aplicaban a los

ejemplo, la obligatoria distribución del dividendo<sup>19</sup> o, en el más frecuente de los casos, la compra forzosa (buy-out) de las participaciones del minoritario por parte del mayoritario<sup>20</sup>.

---

finés de no recurrir a la drástica disolución. Así, el primero de esta tendencia fue New Jersey (1973), seguido por California (1976), Minnesota (1981), North Dakota (1985), Alaska (1988), Oregon (2001) (Cfr. MATHEWSON, John H., *ibidem*).

<sup>19</sup> El caso paradigmático es el de *Dodge vs. Ford Motor Co.*, de 1919. En la misma, pese al reconocimiento de las intenciones altruistas legítimas de Henry Ford de reinvertir utilidades con objeto de emplear a más trabajadores, la Corte Suprema de Michigan hizo parcialmente lugar al pedido de los minoritarios, los hermanos Dodge, y ordenó a la empresa Ford pagar un dividendo de U\$S 19.275.386. Cfr. *Dodge v. Ford Motor Company*, 170 NW 668 (Mich 1919).

<sup>20</sup> Explicaba el maestro Thompson en 1988 que “en la última década, los más altos tribunales de apelación de media docena de estados han adoptado el estándar de las expectativas razonables como base para determinar la disolución judicial, la compra de las participaciones de un socio por orden judicial, o cualquier otra medida liberadora que resulte apropiada en una sociedad azotada por el conflicto. (...) Las dos o tres últimas décadas se han producido cambios significativos en la legislación referida a la disolución judicial. En primer lugar, los motivos legales para la disolución judicial ahora son sustancialmente más amplios que lo previstos en normas anteriores y, en comparación con sus antecesores, es más probable que los tribunales estatales actuales interpreten motivos legales para la disolución, de una manera que proporcione desahogo para los accionistas minoritarios. En segundo lugar, la legislación estatal autoriza a los tribunales a conceder más remedios alternativos a la disolución de los que fueron hasta ahora proporcionados por la regulación en la materia, y los tribunales son más propensos a utilizar dichos remedios. De hecho, los tribunales conceden cada vez más remedios alternativos, incluso en ausencia de una autorización legal específica” (THOMPSON, Robert B., “Corporate Dissolution and Shareholders' Reasonable Expectations”, *Washington University Law Review* N° 66 Wash, 1998, p. 194, disponible en [www.openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol66/iss2/2/](http://www.openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol66/iss2/2/).)

En particular, la popularidad de esta última solución conllevó su incorporación en más de la mitad de los cuerpos normativos estaduales, siendo en una docena de ellos arbitrada por vía de la jurisprudencia. A la fecha, cuarenta de los cincuenta estados norteamericanos prevén un mecanismo de buy-out como salida del minoritario<sup>21</sup>, sea a su propio requerimiento o como opción de la sociedad o de cualquier otro accionista ante el pedido disolutorio del oprimido<sup>22</sup>.

Quizás uno de los antecedentes pretorianos más renombrados de los EEUU sea el fallo de la Suprema Corte de Oregón, recaído en 1973 en el caso *Baker v. Commercial Body Builders Inc.*<sup>23</sup>, en el que siguiendo profusa doctrina en la materia, el tribunal reseñó la existencia de al menos diez remedios (injunctions) alternativos a la disolución de la sociedad como solución a la opresión del minoritario. Luego de reiteradas por las cortes de Oregón en diversos pre-

---

<sup>21</sup> MATHESON, John H., op. cit., p. 665; (la traducción me pertenece).

<sup>22</sup> La Model Business Corporation Act, accesible desde la American Bar Association en :

[apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000](http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000), prevé el buy-out del minoritario en su § 14.34, Election to Purchase in Lieu of Dissolution, como facultad de evitar la disolución requerida y con un mecanismo que confiere plazos exclusivos de negociación y amplio margen a las facultades del tribunal. Los estados que han previsto el buy-out legislativamente son Alabama, Alaska, Arizona, California, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Maine, Minnesota, Mississippi, Montana, Missouri, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Oregon, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Utah, West Virginia, Wisconsin, Wyoming y en 2014 Louisiana. Cfr. LUCAS, Matthew C., "Revoking the Irrevocable Buyout", Albany Law Review, 2001, Vol. 75, disponible en:

[www.albanylawreview.org/Articles/Vol75\\_1/75.1.0003%20Lucas.pdf](http://www.albanylawreview.org/Articles/Vol75_1/75.1.0003%20Lucas.pdf).

<sup>23</sup> Oregon Supreme Court, *Baker v. Commercial Body Builders, Inc.*, 507 P.2d 387, 395-396 (Or. 1973). El citado caso sigue la línea del antecedente de dicho tribunal en *Browning v. C & C Plywood Corp.*, 248 Or. 574, 587, 434 P.2d 339 (1967), ambos antecedentes siguiendo principalmente el trabajo de O'Neal ya citado.

cedentes<sup>24</sup>, estas soluciones fueron cristalizadas legislativamente de modo no taxativo en la Oregon Business Corporation Act<sup>25</sup>, reglando los supuestos de oppression que habilitan su utilización.

Así, sin perjuicio de toda otra medida legal o equitabile remedie que el juez pueda disponer, el § 60.952 de la Oregon Business Corporation Act lo faculta a decretar las medidas allí previstas en forma conjunta o alternativa. En su primer inciso, se contempla la facultad genérica de ordenar la ejecución, modificación, impedimento o cese de cualquier acción de la sociedad, sus socios, directores, gerentes o cualquier parte interviniente en el proceso ante todo la nulidad de resoluciones. A continuación, prevé un abanico de remedios que incluye –entre otros- ordenar la distribución forzosa de utilidades, la realización de auditorías, intervenciones y remoción de administradores, fijar indemnizaciones, someter el caso a mediación, disponer la compra de las acciones de uno o más accionistas por parte de la sociedad o de uno o más accionistas por el valor que el tribunal fije. Finalmente, para el caso de que el tribunal advirtiera que ninguna de las medidas previstas o cualquier otra a su alcance no sea eficaz para resolver la situación opresiva en la que se encuentra el minoritario, el juez puede disponer la disolución de la sociedad<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Cooke v. Fresh Express Foods Corp., 169 Or.App. 101, 108-09, 7 P.3d 717 (2000); Chiles v. Robertson, 94 Or.App. 604, 619-20, 767 P.2d 903; on recons. 96 Or.App. 658, 774 P.2d 500, rev. den. 308 Or. 592, 784 P.2d 1099 (1989), antecedentes citados por la Corte de Oregon en Naito vs. Naito, 35 p.3d 1068, 1079 (Or. C. App. 2001).

<sup>25</sup> Se trata de uno de los ordenamientos legales con soluciones más dúctiles en la materia, el cual ha ampliado generosamente el tratamiento que sobre el tema hace la Model Business Corporation Act. La problemática se encuentra regulada de una perspectiva dinámica entre lo procesal y lo sustancial, arbitrando algunas medidas preventivas de carácter transitorio o definitivo que se encuentran previstas con corte cautelar en nuestros ordenamientos societario y procesales. Cfr. Oregon Business Corporation Act, § 60.952, Court proceeding by shareholder in close corporation, subsection (2). Disponible en [www.oregonlaws.org/ors/60.952](http://www.oregonlaws.org/ors/60.952)

Asimismo, es ilustrativo agregar algunas soluciones que fueron previstas en el caso Baker pero no incorporadas expresamente en la enunciación del estatuto societario citado: primero, la aclaración de que la orden de cese de la conducta opresiva puede consistir en la reducción de salarios, bonos o cualquier emolumento que resulte injustificado; segundo, de suma importancia práctica, el tribunal puede ordenar la “reducción y distribución del capital” al afectado, es decir, el receso del minoritario; y tercero, que el tribunal puede ordenar a los mayoritarios vender sus participaciones a los minoritarios en las condiciones que determine, solución que si bien no es frecuente en la jurisprudencia anglosajona, no deja de ser una salida eventualmente útil en algún caso<sup>27</sup>.

Por su parte, en lo referido a las soluciones brindadas por el derecho inglés, la Companies Act (2006)<sup>28</sup> establece en su Section 996, punto 1, que ante los supuestos de opresión allí previstos, el tribunal puede dictar cualquier resolución que estime conveniente para satisfacer al actor en relación a las cuestiones objeto de la litis. Sin perjuicio de tal amplia facultad, en el punto 2 determina expresamente que -entre otros- el tribunal puede requerir a la compañía que se abstenga de hacer o continuar haciendo un acto denunciado, o que ejecute uno determinado (2.b), puede autorizar al socio a ejercer acciones de la sociedad en nombre e interés de la misma (2.c) y ordenar la compra de las participaciones de cualquier socio por otros socios o por la propia sociedad y, en este caso, “ordenar la correspondiente reducción de capital”.

Por último, es importante remarcar al cierre de este apartado que, de modo similar a lo que se ha señalado en el caso del derecho estadounidense, la solución más optada tradicionalmente por los tribunales ingleses –por aparecer siempre como la más razonable–

---

<sup>26</sup> Cabe agregar que, a excepción de las demás medidas enunciadas, el ordenamiento de auditorías, indemnización al perjudicado y la disolución no son disponibles por acuerdo de socios (subsection 3).

<sup>27</sup> Baker v. Commercial Body Builders, medidas indicadas en los puntos f), g) e i) de la enumeración allí efectuada.

<sup>28</sup> Disponible en [www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/30](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/30)

ha sido el establecimiento de la obligación de compra a la mayoría de las participaciones de la minoría por un precio razonable, solución requerida en el casi 70% de las demandas<sup>29</sup>.

Ahora bien, en otro orden de ideas, es prudente aclarar que la estructura normativa de las soluciones brindadas por la legislación o jurisprudencia comparada es muy diversa. En cuanto a la hipótesis normativa definitoria del problema, algunos sistemas plantean situaciones generales de contornos difusos que deben ser llenados por el juez, mientras que otros prevén en forma más precisa los supuestos que autorizan las vías de solución brindadas<sup>30</sup>; por su parte,

---

<sup>29</sup> Según indica la estadística judicial inglesa en la sección citada, en el período 1994-1995 el 69,9% de las demandas interpuestas, solicitaban ordenar este remedio, el 25% solicitaban ordenar a la sociedad la adopción de determinadas medidas de comportamiento, el 20,5% que los mayoritarios vendieran al minoritario sus participaciones, y el 16,7% que se permitiera el ejercicio de acciones judiciales en nombre y por cuenta de la compañía. Cfr. VÁZQUEZ LÉPPINETTE, *op. cit.* p. 56. Reiteramos la aclaración formulada por el autor en nota 104, donde explica que la sumatoria de los porcentajes indicados supera el 100%, ya que existen peticiones que se formulan con carácter alternativo y/o acumulativo.

<sup>30</sup> El derecho continental europeo se encuentra en la línea de normas legales o jurisprudenciales cuya hipótesis es amplia. En este sentido, la jurisprudencia alemana refiere a “situaciones que hagan irrazonable exigir al minoritario la permanencia en la sociedad”, mientras que el derecho suizo y belga refieren a la existencia de una “justa causa” para que el socio requiera su receso o salida. Por su parte, el derecho inglés prevé con mayor precisión las situaciones configurativas de oppression (Companies Act, Section 994 (1)). En el derecho norteamericano existen ambos sistemas: por un lado, se encuentran aquellos estados cuyas leyes o jurisprudencia brindan los mecanismos exigiendo simplemente a que se configure una “oppression”, sin referirse a lo que debe entenderse por tal o dando pautas generales orientadoras, todo cuanto debe ser llenado por el juez en el caso concreto; por otro lado, se encuentran los estados que cuentan con regulaciones más modernas sobre esta problemática, los cuales prevén con mayor o menor precisión las hipótesis específicas que configuran la op-

tanto en uno como en otro caso, existen ordenamientos que exigen un actuar ilegal o doloso de la mayoría, mientras que otros no lo limitan a tales supuestos. En cuanto a las soluciones previstas en las consecuencias de dichas normas, ya me referí a los sistemas citados: la solución univoca del derecho continental europeo y la diversidad de remedies del derecho anglosajón.

Finalmente, volviendo a la situación de nuestro país, entiendo que si bien la reforma del ordenamiento privado resuelta por Ley 26.994 omitió incluir en nuestra ley societaria algunas de las soluciones propuestas por nuestra doctrina y por el derecho extranjero, creo que las mismas han sido satisfactoriamente incorporadas a nuestro ordenamiento por vía del CCCN, de modo en que pueden considerarse comprendidas la totalidad de las soluciones descriptas en la referencia al derecho comparado y, particularmente, al derecho anglosajón.

### **III. La posible solución aportada por el Código Civil y Comercial de la Nación: la acción de prevención**

Según se ha dicho, creo que el CCCN ha previsto en sus artículos 1710 y siguientes un nuevo mecanismo lo sumamente amplio y efectivo para dar solución definitiva al problema del conflicto societario en las sociedades cerradas. Se trata de un mecanismo autónomo que se deriva de la buena fe y la equidad que brinda enormes facultades del juez ante todo abuso del derecho del gobierno mayoritario (art. 10, tercer párrafo, CCCN).

Efectivamente, fundado en expresos motivos económicos, de justicia y de tutela de la persona, con base en el renovado rol que el código confiere al juez, el régimen indicado establece un sistema

---

pression tal como es el caso de la normativa del N° 14.30 de la Model Business Corporation Act y el dispositivo de Oregon ya citado (cfr. MATHESON, John H., op. cit., p. 662-3). Para un tratamiento sobre las diversas estructuras normativas posibles, cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit., p. 91 y sgtes.

integral que impone imperativamente un deber general de prevención del daño y una eficaz acción destinada a obtener su cumplimiento, siendo aplicable a los microsistemas jurídicos (art. 1709 CCCN). Según se verá a continuación, entiendo que el sistema previsto es plenamente aplicable a los fines de prevenir el daño que sufre el socio minoritario en las sociedades cerradas, facultando al juez a disponer todo tipo de medida conducente a evitar el daño o impedir su agravamiento.

En efecto, los artículos 1710 y siguientes del CCCN estructuran una norma sumamente amplia tanto en sus presupuestos como en sus soluciones, la que en el problema tratado requiere como hipótesis la violación del deber de prevenir el daño al socio minoritario y, como consecuencia normativa, la imposición por parte del juez de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer que sea idónea y eficaz para obtener el cese y la prevención de dicho daño. En esta línea, por las razones que serán expuestas, creo que ante el conflicto societario en sociedades cerradas, el juez tiene hoy la facultad de imponer a la sociedad, a los socios mayoritarios y a los controlantes no socios, las más diversas medidas saneadoras de la situación injusta e, inclusive, ordenar la salida del socio minoritario por diversos mecanismos.

A continuación, intentaré abordar someramente esta hipótesis, partiendo desde los fundamentos de la función preventiva de la responsabilidad y su aplicabilidad al derecho de sociedades, para luego revisar el deber de prevención y la acción preventiva desde la óptica del conflicto societario. Finalmente, buscaré reflexionar sobre algunas notas que pueda presentar la aplicación del instituto en la materia, siguiendo en ello algunos criterios construidos en el derecho extranjero.

### *3.1. Fundamento e importancia en materia de conflictos societarios*

A los fines de comprender los alcances de este mecanismo, es necesario reparar brevemente que el fundamento de la función preventiva de la responsabilidad radica principalmente en que, al evitar la producción o el agravamiento del daño en condiciones razona-

bles, resulta un instrumento no solo más humanista, sino también económicamente más útil y eficiente que la reparación<sup>31</sup>, convirtiendo a la responsabilidad civil en un régimen mucho más eficaz a la hora de resolver los conflictos de la realidad actual<sup>32</sup>. Esta fundamental ventaja ha llevado a concluir que, según las circunstancias y los bienes involucrados, la prevención del daño puede resultar más importante que la reparación, por lo que todas las funciones de la responsabilidad gozan de igual jerarquía<sup>33</sup>.

En este sentido, el principio de prevención del daño se presenta como un instrumento de alto valor axiológico que consolida in natura el principio constitucional de no dañar a otro consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, aplicable por principio a toda situación jurídica real o personal, contractual o extracontractual, siempre que el derecho a no actuar resulte abusivo en razón

---

<sup>31</sup> El mensaje de elevación del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 manifestaba expresamente que “la prevención tiene un sentido humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de los daños no solo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico...”

<sup>32</sup> Desde la perspectiva de la solución de los conflictos que ha inspirado este trabajo, la doctrina sintetiza la nueva regulación en los términos siguientes, plenamente aplicables al problema aquí abordado: “a modo de cierre interesa dejar sentado que el sistema general de responsabilidad civil que diseña el Código contribuye a convertirlo en un instrumento mucho más útil y eficiente para resolver los intrincados conflictos que nos plantea la realidad actual” (GALDÓS, Jorge Mario, Comentario al Artículo 1708 del CCCN, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, p. 289). Cfr. LEIVA, Claudio Fabricio, “La función preventiva en el derecho de daños”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, p. 73 y sgtes.

[33] Según expresan los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, “Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego.”

de las circunstancias. Como corolario de ello, el CCCN regula la función preventiva como mecanismo fundamental autónomo de la responsabilidad, que procede ante todo supuesto que encuadre en los extremos previstos por el instituto y no como un mecanismo secundario o relegado a situaciones excepcionales.

Más aún, al aplicar la función preventiva al conflicto societario no solo se tutela el derecho a no ser dañado del minoritario, sino asimismo se salvaguardan por dicha vía sus derechos de propiedad e igualdad y sus libertades de asociación y de ejercicio de industria lícita, equilibrando las deficiencias que a este respecto plantea el actual ordenamiento societario.

Con lo dicho hasta aquí, el fundamento economicista, social y constitucional de la función preventiva debe llevar a priori a reconocer su virtualidad impositiva del daño en el campo de las relaciones societarias, mucho más cuando en las sociedades cerradas de familia –según indica la experiencia– el daño patrimonial resulta inescindible del daño en las personas y vínculos de los socios. Asimismo, la vigencia de la función preventiva tendrá especial valor en el ámbito bajo estudio, no solo porque la tutela de la persona y bienes del socio minoritario y de sociedad compromete bienes que son sumamente “difíciles de recomponer”, sino también porque la conservación de la empresa protege directamente la competencia en el mercado, indudable bien de incidencia colectiva (art. 43 CN)<sup>34</sup>.

### *3.2. Aplicación de las normas de prevención del daño al régimen societario*

Cabe preguntarse si la función preventiva de la responsabilidad y -en particular- la acción de prevención, resultan o no aplicables en

---

<sup>34</sup> “Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz. En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente” (Ibidem).

la especie. Más allá de conclusión favorable que permiten intuir los fundamentos de la función preventiva, la aplicación al régimen societario del mecanismo regulatorio del abuso del derecho de no actuar reglado en el art. 1710 y siguientes del CCCN, surgen normativamente del propio sistema de prelación normativa consagrado en el art. 1709<sup>35</sup> del Código, eje del sistema normativo de derecho privado<sup>36</sup>. Así, el

---

<sup>35</sup> “Art. 1709: En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código”. La doctrina entiende en forma unánime que el sentido correcto del orden de prelación en el inciso a) debe contemplar en primer lugar las normas indisponibles de la ley especial, por sobre las normas indisponibles del CCCN.

<sup>36</sup> Los Fundamentos del Anteproyecto, al referirse al Título Preliminar del CCCN, señala la necesidad de integrar el derecho privado a los fines de dar soluciones a los casos que se someten a decisión del juez: “su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema (...) Hay que considerar que, si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que ‘...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno’ (Fallos, 312:957) (...) Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. (...) se trata (...) del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro

CCCN ha seguido la línea de la pacífica tradición jurídica argentina que ha considerado a la responsabilidad civil plenamente aplicable a los subsistemas normativos en tanto no contraríen sus reglas particulares propias.

Ante todo, debe repararse que el deber legal de prevención resulta de naturaleza indisponible, en tanto encarna el deber constitucional imperativo del *alterum non laedere* e implica un presupuesto imprescindible del deber de buena fe y el ejercicio regular de los derechos, como principios inderogables de orden público<sup>37</sup>. Atento a ello, siendo las normas comentadas de carácter imperativo y de acuerdo a la disposición del inciso a) del artículo 1709 CCCN, no existe duda de que el deber de la función preventiva de la responsabilidad rige plenamente en materia societaria, junto con todo el sistema de responsabilidad civil y las normas particulares de responsabilidad de dicho subsistema (arts. 54, 254, 274 y sptes. LGS), en tanto no existe disposición alguna en la Ley 19.550 que excluya o se contraponga a su aplicación.

En este sentido, el profesor Richard ya se ha manifestado de opinión favorable a la aplicación de la acción preventiva de las normas del CCCN en materia societaria y concursal, a los fines de imponer a los socios la adopción de medidas necesarias para disminuir el perjuicio a terceros en el caso de la insolvencia<sup>38</sup>.

---

de un sistema de derecho basado en principios y reglas.” (Fundamentos... cit., p. 10 y sptes.)

<sup>37</sup> En relación a la fundamental injerencia del principio de buena fe y ejercicio regular de los derechos en materia de conflicto societario, ALEGRÍA, Héctor, “El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, 1997, N° 16, p. 319 y sptes.

<sup>38</sup> RICHARD, Efraín Hugo, “El Abuso de Derecho y Fraude a La Ley en Materia Comercial y los Principios Generales del nuevo Código Civil y Comercial”, en *Estudios de Derecho Empresario*, Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial y de la Navegación Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba – Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 137-151.

### 3.3. *Deber de prevención en materia societaria*

Según se adelantó, el núcleo de la cuestión radica en el deber de prevención, su naturaleza y sujetos obligados, en tanto su violación constituye la hipótesis normativa de la acción preventiva y de sus mecanismos para hacer efectivo su cumplimiento. En este sentido, el art. 1710 del CCCN<sup>39</sup> impone correlativamente el derecho y el deber erga omnes de prevención<sup>40</sup>, la cual opera en todo el ámbito de las situaciones reales y personales.

El deber general de prevención consagrado expresamente en la norma legal comprende, ante todo, la obligación de evitar causar un daño y/o evitar su agravamiento mediante la acción u omisión necesaria para ello; asimismo, este deber implica también la obligación de mitigar o disminuir un daño ya causado. Por su parte, el daño que debe ser prevenido es aquel que pueda ser causado por el agente, la víctima o un tercero y comprende tanto la dimensión cuantitativa del daño, como su extensión temporal, siendo plena y especialmente aplicable a los daños continuados y periódicos, de particular relevancia en materia de conflictos societarios, con natural vocación a lo permanente<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> “Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo.”

<sup>40</sup> Cfr. SÁENZ, Luis, “Análisis del artículo 1710”, en Código Civil y Comercial de la Nación, Concordado, Comentado y Comparado, Dirigido por Carlos Calvo Costa, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2015, p. 688.

<sup>41</sup> V. gr., la privación del derecho de información, la ejecución de resoluciones asamblearias nulas, la no distribución de dividendos, el mantenimiento del socio en su condición de trabajador despedido, etc.

Ahora bien, el sujeto pasivo de este deber general es “toda persona, en cuanto de ella dependa” razonablemente evitar o mitigar un daño, motivo por el cual la norma le impone la obligación positiva de “adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables” para lograrlo. Según explica la doctrina, el sujeto pasivo resulta tanto el propio autor del potencial daño, quien tiene total dominio del hecho, como el tercero en cuanto esté a su alcance hacerlo<sup>42</sup>. En este sentido, será sujeto obligado a observar el deber aquí establecido toda persona que tenga en su esfera de control la posibilidad de prevenir un daño<sup>43</sup>, sea por tratarse del autor del hecho que presumiblemente causará el daño, como por tener la posibilidad razonable de adoptar las medidas tendientes a evitarlo, de acuerdo a las circunstancias y la buena fe y el ejercicio regular del derecho de omisión.

### 3.3.1. *Sujetos pasivos*

Así, en cuanto a los sujetos pasivos de este deber general autónomo “de quienes dependa” la evitación del daño en el conflicto societario, se pueden mencionar los siguientes:

---

<sup>42</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Comentario al artículo 1710 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dirigido por Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2014, p. 996.

<sup>43</sup> “Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa” (Mensaje de elevación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

a) Ante todo, los socios mayoritarios, en tanto no hay dudas que se encuentra en su esfera de control la prevención de los daños que pueda previsiblemente causar a la sociedad y a los socios minoritarios. Lógicamente, de acuerdo a los fundamentos del instituto, la letra y la finalidad del texto legal, la prevención del socio mayoritario no solo comprenderá los actos formales en el seno de los diversos órganos, sino también toda instrucción o gestión que directa o indirectamente incida en la vida societaria, cuando su incidencia causal según las circunstancias de hecho hagan razonable imponerle la obligación de adoptar las medidas razonables de prevención<sup>44</sup>.

b) Luego, entiendo que el deber del art. 1710 del CCCN y la consecuente acción de prevención serán asimismo exigibles a aquellos socios que, sin ser parte del grupo de control, no hayan adoptado en el caso las medidas que según las circunstancias estaban a su alcance a los fines de evitar o aminorar el daño que previsiblemente sufriría un socio o grupo de socios minoritarios, por ejemplo, absteniéndose de votar en una resolución asamblearia determinante. Así, al minoritario que por momentos actúa como “cómplice”, le cabe idéntico deber de prevención y lo hace pasible de las acciones del art. 1711, aunque con los alcances impuestos por las circuns-

---

<sup>44</sup> En relación a esto último, explica Vázquez Lépinette al tratar de los sujetos pasivos del buy-out según la norma que propone en su obra, que “al tratarse de sociedades cerradas, generalmente no se da una separación entre propiedad y control, como se indica en el ya citado caso ‘Naito v. Naito’ (...) Por lo tanto, pese a que las decisiones de la junta general son decisiones de la sociedad y que las consecuencias que se derivan de las mismas no son imputables directamente a los socios, en virtud del principio llamado de ‘respondeat superior’ entendemos que el socio de control debe responder cuando viola sus deberes legales de fidelidad (la ‘affectio societatis’) para con el minoritario, bien votando en un determinado sentido, bien instruyendo a los administradores para que adopten determinados comportamientos en perjuicio del minoritario” (VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. 115 y 116).

tancias y la buena fe según sus posibilidades de actuación (conforme argumento del art. 254 LGS)<sup>45</sup>.

c) Por su parte, si bien escapa ligeramente al tema del conflicto intrasocietario, tampoco hay reparo alguno en extender idéntico deber de previsión y sus consecuencias, a las personas humanas o jurídicas controlantes no socias e, inclusive, a sus respectivos socios mayoritarios (art. 33 inc. 2, segunda parte, LGS), en tanto de todos ellos depende evitar el daño de los socios mediante conductas razonables.

Como se ve, en relación a los sujetos hasta aquí mencionados, no solo no existe norma societaria que contravenga las conclusiones mencionadas sino que -muy por el contrario- las citadas disposiciones del régimen general resultan llamativamente compatibles con el régimen de control societario y responsabilidad fijados por el microsistema de la Ley 19.550, en sus artículos 33, 54, 248, 254, 272 y concordantes<sup>46</sup>.

d) Por su parte, atento a que el propio minoritario damnificado pesa con la misma obligación de prevenir su propio daño (art. 1710, primera parte, CCCN) el mismo no podrá luego valerse de los remedios de la acción preventiva cuando no haya tomado las medidas que razonablemente se encontraban a su alcance, conclusión que

---

<sup>45</sup> Según como ha receptado de la doctrina el artículo 170, inciso b. del CCCN, el deber de prevención comprende la evitación del daño que previsiblemente causará un tercero. Cfr. PARELLADA, Carlos A., Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte) en Revista de Derecho de Daños, N° 2003-2, Relación de causalidad en la responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 103. Por lo demás, es la solución que respeta los fines de la norma, ya que debería conllevar que el minoritario se movilice a evitar los daños que otro minoritario pudiera sufrir de las conductas en las que se abstiene de intervenir.

<sup>46</sup> Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad por abuso del control societario. Acciones sociales y concursales", en La actuación societaria, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 375 y sgtes.

se corresponde al fundamento de los artículos 275, 276 y 279 de la LGS, y al principio de la buena fe, los actos propios y la proscripción del abuso del derecho (arts. 9 y 10 CCCN)<sup>47</sup>.

e) Independientemente de su rol en el órgano de administración, el deber de prevención le es exigible a los directores y gerentes a título personal, en tanto al ser garantes de la legalidad de los actos de gestión y de las resoluciones asamblearias<sup>48</sup>, no hay dudas de que la evitación de los daños se encuentra en su esfera de control (art. 59, 251, 274 y cctes. LGS)<sup>49</sup>.

f) Así también, cabe preguntarse si la propia sociedad puede ser considerada como un sujeto distinto a los administradores y/o controlantes, “de quien dependa” la evitación de los daños que sus actos puedan causar al minoritario. En principio, entiendo que la respuesta se impone afirmativamente en razón del principio organista[50] (argumento de los arts. 251 y cctes. LGS). Sin embargo, atento a la extensión y riqueza de la acción preventiva, la extensión de algunos efectos de la sentencia a la sociedad probablemente dependerá de cada supuesto de hecho, de la pretensión del actor, de la composición accionaria de los grupos minoritarios y de control y de la naturaleza de las obligaciones que fije la misma según la prudencia del juez[51].

---

<sup>47</sup> Es el argumento que respalda las normas del artículo 77 de la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías y, en el derecho extranjero, el Código Civil Italiano (art. 1227), las reglas Unidroit (art. 7.4.8) y los Principios del derecho europeo de los contratos (art. 9:505).

<sup>48</sup> HALPERÍN, Isaac, “Sociedades anónimas”, Depalma, Buenos Aires, 2da. Edición, 1975, p. 651; NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, t. 4, p. 137.

<sup>49</sup> En igual sentido, al referirse a la obligación de compra forzosa de las participaciones sociales del minoritario, VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit. 114.

<sup>50</sup> En igual sentido, VÁZQUEZ LÉPINETTE, *ibidem*.

g) Por último, si bien no será lo más frecuente, el deber de prevención y la posterior acción preventiva cobrará relevancia cuando recaiga sobre terceros beneficiarios de las conductas opresivas de la mayoría, quienes según las circunstancias pueden tener bajo su esfera de control la posibilidad de no perjudicar al minoritario<sup>52</sup>.

Finalmente, en otro orden de ideas, cabe poner de resalto que los alcances del deber de prevención de los sujetos obligados en los conflictos societarios, deberá medirse por el parámetro del art. 1725 del CCCN<sup>53</sup>; a mayor dimensión del poder mayoritario, a mayor escala de conflicto y a mayor conocimiento y experiencia en el ne-

---

<sup>51</sup> Como es el caso de la compra forzosa de las acciones del minoritario que en algún caso pueda imponerse a la sociedad, según se verá más abajo. Por su parte, en el caso de disponerse en la sentencia el receso del minoritario, no cabrá dudas que dicha orden será impuesta a la sociedad, sin perjuicio de serlo también a los socios.

<sup>52</sup> Es el caso de una tercera sociedad que se encuentre dentro del mismo grupo, según reclamaba Nissen en el trabajo citado (NISSEN, Ricardo, "El conflicto societario en...", cit., p. 44). Si bien en la generalidad de los casos se subsumirá en un supuesto de control por especiales vínculos, podría darse el caso en que este supuesto fuera útil, según entiende Vázquez Lépinette citando el antecedente británico "Little Olympian Each Ways Ltd. (N° 3)", en el que la opresión consistió en la venta a precio vil de activos sociales a favor de una sociedad que estaba conformada íntegramente por los miembros del grupo de control de la enajenante. El tribunal dictó en cabeza de la sociedad beneficiaria de la venta de activos infravalorados una orden de compra forzosa de la participación del minoritario. Como se ve, dicha sociedad no es controlante de la vendedora, y puede resultar útil al juez -según las circunstancias- imponer la compra a la sociedad compradora y no a sus socios (grupo de control de la vendedora), por ejemplo, atendiendo a un eventual estado de iliquidez en el que pudiera encontrarse alguno de ellos y con el fin de no diluir su posición, imponiéndole una adquisición que no pueda afrontar (Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *ibidem*).

<sup>53</sup> GALDÓS, Jorge Mario, *op. cit.*, t. VIII, p. 311; SÁENZ, Luis, *op. cit.*, p. 999.

gocio por parte de los socios, más exigente será el parámetro de conducta exigible a las partes involucradas.

### 3.3.2. *Sujetos activos*

Ahora bien, el CCCN determina asimismo que los sujetos activos del derecho de prevención y la acción preventiva es todo el que “acredite un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712 CCCN). En materia societaria, y más allá de lo referente puntualmente al conflicto societario en las sociedades cerradas<sup>54</sup>, creo que pueden mencionarse como sujetos activos los siguientes:

a) El socio minoritario de las sociedades cerradas, cualquiera sea su participación<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Debido a los alcances definidos en el abordaje del problema, limitaré el análisis de los sujetos activos a los socios de las sociedades cerradas. Sin embargo, creo que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Si bien es cierto que en las sociedades abiertas el régimen de los arts. 166 y sgtes de la LGS funciona en forma idónea y que el mecanismo del mercado y su régimen específico de transparencia (Decreto 677/2001 y cctes.) dan por tierra con los principales elementos que configuran la opresión del minoritario y justifican la aplicación de la acción preventiva, tampoco parece conveniente privar al juez de esta eficaz herramienta que pueda complementar las soluciones de dicho régimen ante la infinidad de maniobras posibles -siempre que no se contraponga a disposiciones específicas de su microsistema- o cuanto las acciones no tengan cotización regular. Cfr. Model Business Corporation Act (2006), § 14.34.

<sup>55</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p. 89. Es la única conclusión lógica para tutelar los derechos del minoritario, derivada del derecho a no ser dañado y capaz de encuadrar en el marco constitucional del derecho de propiedad e igualdad. Por su parte, en concordancia con lo dicho, nuestro ordenamiento societario no exige minorías calificadas para las impugnaciones de las resoluciones sociales, el ejercicio de la acción individual de responsabilidad o el ejercicio del derecho de receso, entre otros mecanismos de defensa de su posición.

b) También podrán serlo el o los socios mayoritarios de sociedades cerradas, frente a determinados actos del minoritario encuadrables en lo que la doctrina comprende como de “abuso de las minorías”<sup>56</sup>.

c) En tercer lugar, también resulta forzoso considerar a la propia sociedad como titular de este derecho preventivo, tanto ante sus administradores, socios e -inclusive- ante el controlante externo (art. 33, inciso 2, LGS), en tanto es indudable su razonable interés en la prevención del daño que puedan causarle (argumento de los arts. 54, 254, 274 y cctes. de la LGS).

d) Finalmente, serán legitimarios de la acción los terceros -sea la sociedad abierta o cerrada- en cuanto sean pasibles de potenciales daños que pudieran causarle la sociedad o los socios controlantes, según explica Richard en el artículo ya citado<sup>57</sup>.

Así configurada la situación preventiva, los involucrados en el conflicto societario no solo no podrán actuar en contra de la ley, el estatuto y el reglamento, sino que tampoco podrán hacerlo en contra de las acciones u omisiones que le sean razonablemente exigibles según las circunstancias y la buena fe, a los efectos de evitar o mitigar el daño de la sociedad y de los socios minoritarios. Si bien esta obligación existía con anterioridad al 1 de Agosto de 2015 como derivada del deber de no dañar (art. 19 CN), de la buena fe y el abuso del derecho, en el CCCN su infracción podrá desatar una consecuencia inédita: la acción de prevención.

### *3.4. Acción de responsabilidad preventiva. Acción social e individual*

En cuanto a la procedencia de la acción del art. 1711 del CCCN[58] debe decirse en una apretada síntesis, que “la omisión del deber de

---

<sup>56</sup> Cfr. ALEGRÍA, Héctor, op. cit. Lógicamente, la acción preventiva en tal caso no podrá implicar privar a los minoritarios de su legítimo derecho de acceder a los tribunales.

<sup>57</sup> RICHARD, Efraín Hugo, op. cit.

prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir<sup>59</sup>.

Ante todo -y esto es fundamental- según las consideraciones efectuadas por la Comisión Redactora y de acuerdo el entendimiento unánime de la doctrina<sup>60</sup>, la “acción preventiva” ha sido concebida con nombre propio y como un instrumento sustantivo<sup>61</sup> de tutela inhibitoria autónomo, cuyos presupuestos se configuran con notas particularísimas ante la omisión del deber de prevención, de carácter también autónomo. En este sentido, atento a la distinta naturaleza, función, presupuestos y legitimados que tiene esta acción, no deberán requerirse recaudos propios de la acción indemnizatoria, ni tampoco subordinarla a la interposición de otra acción, tal como la de inoponibilidad de la personalidad jurídica<sup>62</sup> o -en principio- la de nulidad asamblearia<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> “Art. 1711: la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

<sup>59</sup> Comisión Redactora; Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 218.

<sup>60</sup> SÁENZ, Luis, op. cit., T. II, pág. 688.

<sup>61</sup> Sin perjuicio de que puede también funcionar en el ámbito cautelar. Cfr. GALDÓS, Mario, op. cit., t. VIII, p. 314.

<sup>62</sup> No debe exigirse para la procedencia de la acción preventiva la previa desestimación de la personalidad jurídica para imputar a los socios los actos de la sociedad que, actuando con fines extrasocietarios, genera al minoritario un riesgo de daño. Así, en primer lugar, la acción preventiva

De este modo, no será necesaria para su procedencia la existencia de un daño, sino su previsible acaecimiento, agravamiento o

---

es más amplia y procede ante supuestos que no quedarían encuadrados en el párrafo tercero del art. 54 de la LGS; en segundo lugar, la acción en estudio exige que dichas actuaciones generen un riesgo de daño, que es justamente lo central, cosa que no sucede necesariamente en el dispositivo societario; en tercer lugar, por expresa disposición del art. 1711, la acción se interpone directamente contra todo “de quien depende” la evitación del perjuicio, es decir el “socio o controlante que hubiera hecho posible” la conducta violatoria del art. 1710, sin necesidad de acreditar que ha hecho uso abusivo de la personalidad societaria, sino que ha abusado de su deber omitir prevenir un daño previsible, de acuerdo a sus circunstancias. Es cierto que algunas veces los hechos a probar en la acción preventiva serán similares a aquellos que se deberían acreditar en caso de resultar procedente la acción de inoponibilidad; pese a ello, los extremos del art. 54, párrafo tercero, no solo no son necesarios, sino tampoco suficientes para la acción preventiva.

[63] En razón de la jurisprudencia dominante en materia de acción social de responsabilidad y nulidades asamblearias, existe la tentación de vincular la acción preventiva a la de nulidad de la resolución cuando aquella se funde en actos u omisiones cometidos en el marco de una resolución orgánica. Ante todo, creo que deberá tenerse en cuenta que -en cualquier caso y de entenderse así- la nulidad de la resolución podrá declararse como consecuencia de la violación del art. 1710 CCCN. Ahora bien, dado el modo en que ha sido regulada la acción preventiva, entiendo que debe mantener su autonomía, tanto en su versión de acción preventiva individual como de acción preventiva social ejercida *uti singuli*, ya que el ordenamiento societario no se contradice con dicha solución. En efecto, en relación a la acción resarcitoria contra los socios por la aprobación de resoluciones asamblearias nulas del art. 254 LGS, para muchos acción tanto individual como social (cfr. NISSEN, Ricardo A., “Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias”, Ad-Hoc, 2da. Ed., Buenos Aires, 2006, p. 300 y sgtes.), existe jurisprudencia que, aplicando “análogicamente” el art. 254 LGS, ha reconocido la procedencia indemnizatoria contra los accionistas que votaron una resolución manifiestamente dañosa para la so-

continuación, últimos dos supuestos en los que la acción de prevención es en principio imprescriptible mientras subsista el riesgo<sup>64</sup>; asimismo, es indiferente la gravedad del daño futuro<sup>65</sup>. De la misma manera, la antijuridicidad no consistirá en causar un daño no justificado, sino la creación de un riesgo injustificado por la omisión de las medidas razonablemente exigibles. Por último, dado que la acción procede contra el daño que aún no se produce o agrava, no será requerido en el agente ningún factor de atribución, sino que su conducta le sea causalmente atribuible y resulte objetivamente antijurídica por no haber adoptado las medidas exigibles.

En este sentido, según se ha dicho, para que proceda la acción en la materia no será necesario que el sujeto pasivo el deber preventivo incurra en actos contrarios a la ley de sociedades, el contrato o el reglamento, ni que actúe en forma dolosa o culposa, sin

---

ciudad “aún cuando no se ha declarado la nulidad de la decisión aprobatoria (...)” ya que “-innecesario es hacerlo- pues está suficientemente demostrado en derecho la irregularidad de esa decisión y el daño...” (CNCom.Cap.Fed., Sala D., “Kleio S.A. s/quiebra c/Iglesias Rogelio s/ordinario”, 2003). En realidad, creo que más que una aplicación analógica del art. 254, se trata de la aplicación autónoma de los principios de la responsabilidad civil, consagrados en el art. 54 LGS.

<sup>64</sup> LÓPEZ HERRERA, Edgardo, op. cit., T. II, pág. 1000. Entiendo que debería aplicarse al peligro de daño como supuesto de la acción preventiva, la doctrina del daño continuado como supuesto de la acción resarcitoria, tal y como lo ha sostenido la doctrina y en algunos antecedentes la Corte Nacional y las cortes provinciales: CSJN, “Constructora Barcalá S.A. c. Banco Central” – L.L. To. 1997-F pág. 344 – D.J. To. 1998-1 pág. 407; SCJBA, Sauvage Carlos c. Celulosa Argentina; PARELLADA, Carlos, “Aspectos procesales y sustanciales de la prescripción de la acción de daños”, internet, p. 73. C.Nac. Cont.-Adm.Federal, sala III, febrero 9-1996 “T. D. c. Estado nacional y ot.”, L.L. To. 1996-C pág. 439, con nota de Agustín y D.J. To. 1996-2 pág. 156; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, TRIGO REPRESAS, Félix, KIPER, Claudio, “Código Civil Comentado”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2006, pág. 545.

<sup>65</sup> GALDÓS, Mario, op. cit., t, VIII, p. 310.

perjuicio de que ello será sin dudas un factor trascendente. Por el contrario, será suficiente que incurra en acciones u omisiones generadoras de un peligro verosímil de daño para cualquiera de los sujetos activos, cuando según las circunstancias le sea exigible evitarlas en función de la buena fe y el ejercicio regular de los derechos. Según se verá en acápites posteriores, el punto medular de esta cuestión radicará en determinar cuándo en materia societaria existe violación de la buena fe y cuándo se configura la amenaza de daño digno de tutela, atento a la afectación de la libertad que implica esta medida.

Ahora bien, en relación a lo expuesto y en lo que hace puntualmente al conflicto societario, entiendo necesario hacer una doble referencia en relación a los sujetos activos y pasivos de la acción preventiva.

Así, en primer lugar, al referirse a los legitimados activos se dijo que la misma podrá ser interpuesta por quien “acredite un interés razonable en la prevención del daño” (art. 1712 CCCN), resultando legitimados todos los socios, los terceros y la propia sociedad. Creo en este punto que la acción autónoma del art. 1712 del CCCN se manifiesta con una dinámica similar a la del microsistema de la Ley 19.550: por un lado, como acción individual de responsabilidad preventiva de los socios y los terceros y, por el otro, como acción social de responsabilidad preventiva<sup>66</sup>. Sin embargo, dada la autonomía y diversa naturaleza de la acción preventiva, la misma no puede confundirse con las tradicionales acciones (resarcitorias) social e individual previstas en los artículos 254, 276, 279 y cctes. de la LGS, lo que queda claramente de manifiesto al atender a su diversa función, presupuestos y efectos.

---

<sup>66</sup> Efectivamente, según fue expuesto al ver los sujetos activos del deber de prevención, esta última acción se sustenta en los argumentos de los artículos 54, 254, 274 y sgtes. y cctes. de la LGS, pero se regula en forma autónoma con función preventiva sustancial, desde un espíritu similar al que inspira a las normas cautelares de los artículos 113 y 252 de la LGS, aunque con impacto muy superior por su potencial carácter definitivo (art. 1713).

Sin perjuicio de ello, pese a la diferencia y autonomía referida, entiendo que la dialéctica con la que deben interpretarse los sistemas normativos en juego<sup>67</sup>, llevan a integrar la regulación de la acción social de responsabilidad preventiva del art. 1711 del CCCN, con la mecánica orgánica regulada para la acción social de responsabilidad resarcitoria de los arts. 276, 277, 278, 279, 254 y cctes. de la LGS, en todo cuanto sean compatibles con la misma. De este modo, la acción preventiva de la sociedad podría ser ejercida por la propia sociedad, el síndico de la quiebra y *uti singuli* por los socios, mediante los mecanismos previstos para la clásica acción social de responsabilidad<sup>68</sup>.

Por ello, en la problemática del conflicto societario, la acción de prevención tendrá utilidad para los socios no solo en cuanto le corresponde personalmente por sus daños directos, sino asimismo -y según la finalidad perseguida- en cuanto ejerza la acción social de responsabilidad preventiva en carácter *uti singuli*, solicitando al juez la adopción de medidas que prevengan el daño al patrimonio social y, así indirectamente, a su propio patrimonio.

En segundo lugar, en cuanto a los legitimados pasivos, en la generalidad de los casos se tratará de todo socio mayoritario o minoritario que haya omitido las medidas razonables para prevenir evitar o agravar un daño previsible (arts. 1710 y 1711 CCCN). Sin perjuicio de ello, el principio de la actuación orgánica, el derecho de defensa y el interés del actor en una sentencia eficaz recomendarán y aún exigirán en la generalidad de los casos, que el actor deba -según el caso y la ley de rito aplicable- demandar, citar o denunciar la litis al resto de los socios que han cumplido cabalmente con su deber

---

<sup>67</sup>Artículos 1, 2 y 1709 del CCCN.

<sup>68</sup>En sentido concordante, Junyent Bas llega a la misma conclusión en relación a la acción social de responsabilidad de los dos primeros párrafos del art. 54 de la LGS, en relación a la que manifiesta que: “es una acción social que puede ser iniciada por los representantes de la entidad afectada, así como también por los socios en forma singular, en caso de inacción de los administradores naturales, aplicándose analógicamente los arts. 276 y 277 de la ley societaria (JUNYENT BAS, Francisco, op. cit., p. 390).

de prevención y, cuando ejerza su acción preventiva individual, también a la propia sociedad<sup>69</sup>.

En tercer lugar, en función de la interacción de sujetos activos y pasivos procesalmente involucrados en cada caso concreto, la acción preventiva podrá interponerse en forma independiente o acumulada a otra acción individual o social, tales como la acción de nulidad asamblearia, de remoción o, inclusive, la acción de responsabilidad indemnizatoria.

En esta tónica, la apertura de las hipótesis que configuran la acción preventiva, la amplitud de sus soluciones y la diversidad de legitimados activos y pasivos que pueden darse, exigirán en cada caso la integración de dicha acción con las normas más afines del ordenamiento societario y del CCCN en materia de persona jurídica. El nuevo rol de moderador conferido al magistrado será fundamental a la hora de asegurar a esta acción su debida eficacia, conservando la coherencia del sistema de la ley de sociedades (arts. 1, 2 y 3 CCCN).

### *3.5. Soluciones de la acción preventiva. El Art. 1713 del CCCN como base legal de las injuncions argentinas*

Siguiendo con el análisis del instituto y en línea con lo antedicho, son justamente las amplias facultades del juez conferidas por el art. 1713 CCCN<sup>70</sup> lo que hacen tan atractivo al mecanismo analizado frente a la problemática abordada en este trabajo.

---

[69] En efecto, entiendo que la amplitud dispositiva con la que cuenta el juez para prevenir el daño, tales como crear obligaciones a cargo de los sujetos pasivos del art. 1710, conllevará en materia societaria un inevitable impacto en el resto de los socios y la sociedad en general, pudiendo alterar sus expectativas, derechos y posición relativa en el ente. Los innumerables casos del derecho comparado dan muestra de que la interposición de la demanda contra la sociedad es una constante, sin importar cuál sea la pretensión del actor.

[70] “Art. 1713: La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obli-

Según entiendo, la norma citada brinda un vasto abanico de soluciones al conflicto societario, pudiendo prevenir el daño mediante la imposición obligaciones de dar, hacer o no hacer a los sujetos pasivos del deber de prevención. Por su parte, la selección de la medida deberá hacerse siempre atendiendo al criterio de mínima restricción de la libertad de acción de los socios y la sociedad, pero procurando siempre la prevención efectiva del daño. Asimismo, según la propia regulación estudiada, cabe agregar que el juez deberá optar por la medida más idónea sin encontrarse atado a la pretensión del actor ni al principio de congruencia<sup>71</sup>, debiendo inclusive arbitrar de oficio las disposiciones preventivas que estime pertinentes cuando así lo exijan los intereses en juego<sup>72</sup>.

En cuanto a las medidas disponibles entiendo que, en una primera dimensión, el juez deberá optar por imponer a la sociedad y los socios demandados obligaciones ordenadas a sanear la funcionalidad y dinámica societaria<sup>73</sup>, siempre que dichas medidas resulten eficientes según la prudencia que aconseje la ponderación de los valores en juego<sup>74</sup> y las circunstancias del caso. Estas medidas podrán ser tanto de carácter provisorio o cautelar, como de corte definitivo: así, podría tratarse del caso en que la sentencia definitiva imponga a la sociedad la distribución de dividendos que han sido retenidos como resultados no asignados<sup>75</sup>, disposición que en casos excepcionales podría aún ordenarse con carácter provisorio<sup>76</sup>, pu-

---

gaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”

<sup>71</sup> Cfr. BESTANI, Adriana, Comentario al art. 1713, Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, Dirigido por Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Boda y Pascual E. Alferillo, Ed. Astrea, Bs. As., 2015, T. II, p. 1032.

<sup>72</sup> Particularmente importante en supuestos de empresas de familia en las que el conflicto societario esté destruyendo las relaciones familiares.

<sup>73</sup> Haciendo funcionar el art. 1713 como mecanismo de “relationship preserving norm”.

<sup>74</sup> GALDÓS, Jorge Mario, op. cit., T. VIII, p. 288.

diendo luego ser revocada o confirmada en el decisorio final. Otro ejemplo frecuente podrá ser que -con carácter también provisorio o definitivo- el juez obligue a la sociedad a reestablecer en su trabajo y reconocer los correspondientes derechos, al socio que en forma abusiva e injustificada haya sido excluido de su función remunerada por vía de una relación laboral<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. *Dodge v. Ford Motor Company*, 170 NW 668 (Mich. 1919), *Zidell vs. Zidell*, Or. Sup. Ct. 277, Or. 413, 560 P.2d. 1086 (1977), *Dowd vs. Charlotte Pipe & Foundry Co.*, 185 A 2d 480 (Del. Sup. Ct. 1962), *Patton vs. Nicholas*, 279 SW 2d 848 (Tex. 1955), *Crichton vs. Webb Press Co.* 36 So 926 (La 1904), *Andreson vs. W. J. Dyer & Bro.*, 101 NW 1061 (Minn. 1904), *Reynolds vs. Diamonds Mills Paper Co.*, 60 A 941 (NJ Ch. Ct. 1905), etc. Cfr. GARBER, Carlos A., op. cit. En la práctica, será útil en este caso la interposición de la acción preventiva en forma autónoma o acumulada a la nulidad asamblearia, ya que según es conteste la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en la acción de nulidad el tribunal debe limitarse a declararla sin poder ir más allá de la pretensión, debiendo la asamblea adoptar una solución acorde a la sentencia dictada, lo cual muchas veces no ocurre, dando lugar a la continuidad del conflicto. (Cfr. NISSEN, Ricardo, “Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias”, cit., p. 293; DUPRAT, Diego, “Los dividendos ante la inexistencia de decisión asamblearia sobre el destino de las utilidades del ejercicio”, disponible en [www.thomsonreuterslatam.com](http://www.thomsonreuterslatam.com). En contra, CNCom., Sala D, Mihura, Luis y otros c/ Mandataria Rural S.A., 26/12/1979). A diferencia de ello, la acción preventiva permite atribuir al juez competencia para obligar a la sociedad a distribuir dividendos, por cuanto la pretensión y sus presupuestos son diferentes a la acción de nulidad.

<sup>76</sup> Piénsese, por ejemplo, en que el socio accionante fuera un menor de edad que requiere para su subsistencia de los medios de los que –prima facie– se encuentra ilegítimamente marginado.

<sup>77</sup> Es sumamente habitual en las sociedades cerradas que los socios acuerden retirar todo o parte de sus resultados en forma de sueldo u otro tipo de remuneraciones que reconocen su trabajo personal en la misma, mediante un mecanismo por el que se aseguran ingresos regulares, se goza de los beneficios la seguridad social y previsional, y se aprovecha asimismo

Esta primera línea de soluciones correctivas del haz funcional del conflicto, se suma y complementa a las respuestas clásicas de la ley de sociedades, ampliando el abanico de herramientas del juez. Sin embargo, la experiencia indica que una vez que el conflicto societario ha tomado carácter estructural y la convivencia es imposible, “el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” de solucionar el conflicto (art. 1713 CCCN), serán las soluciones estructurales, es decir, la separación de uno o más socios<sup>78</sup>. Es aquí donde creo que jugará la mayor eficacia de la acción comentada, en cuanto provee el resultado que la doctrina reclamaba incorporar a la LGS, aunque con un mecanismo sumamente abierto que requerirá suma prudencia y razonabilidad de los magistrados. Así, en una segunda dimensión, dentro de las medidas estructurales y en virtud del principio de menor restricción e interferencia, el juez podrá ante todo fijar a la sociedad y los socios obligaciones cuyo incumplimiento apareje condicionados alguna forma de separación del socio afectado o del socio opresor<sup>79</sup>. Estos imperativos

---

la correspondiente deducción impositiva. En estos casos, el abuso mayoritario muchas veces consiste en “echar” al socio-empleado, constituyendo ello más que una injuria laboral, una opresión societaria que vacía de contenido su condición de socio y constituye un mecanismo indirecto de exclusión de la vida societaria. Entiendo que este socio podría utilizar la acción preventiva para reinsertarse en la sociedad, solución por demás plausible cuando se repara que ni siquiera por la vía del derecho laboral argentino el socio cuenta con herramientas para ser restablecido en su trabajo. Esta solución es acorde a los argumentos sostenidos en la jurisprudencia norteamericana: *Topper*, 433 N.Y.S.2d 359, 364 (Sup. Ct. 1980), *Balvik vs. Sylvester*, 411 N.W.2d 383, 388 (N.D., 1987), *Evans vs. Blesi*, 345 N.W. 2.d 775 (Minn. App. 1984)) e inglesa (*Re A Company* (No. 004475 of 1982) [1983] Ch 178), *Wilkes vs. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (Mass. 1976).

<sup>78</sup> Haciendo funcionar al art. 1713 al modo de una “end game norm”.

<sup>79</sup> Un ejemplo de ello podría ser que el juez configure en la sentencia una obligación similar a la que prevé normativamente el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de España, por la que imponga en forma defini-

tendrían la ventaja de coaccionar en forma inmediata el ordenamiento de la conducta de los obligados, supeditando la efectiva alteración de la estructura intrasocietaria a futuras infracciones previamente definidas en la sentencia.

Sin embargo, no cabe dudas que las respuestas más simples, “idóneas” y “eficientes” para resolver definitivamente el conflicto, vendrán de disponer obligaciones que impliquen la inmediata salida del socio afectado o del opresor, según se trate de un abuso de mayorías o de minorías y de acuerdo lo indique la prudencia judicial.

En este sentido, el juez podrá arbitrar cualquiera de las medidas estructurales que han sido reseñadas al referir a los remedios del derecho anglosajón, generalmente diseñados para el más frecuente caso de abuso mayoritario: a) el receso del socio accionante<sup>80</sup>; b) la compra forzada de sus acciones por parte de la sociedad<sup>81</sup>, de uno

---

tiva la obligación de repartir en adelante un porcentaje mínimo de dividendos -dadas las condiciones que determine- facultando al socio actor que votare en contra de la resolución social violatoria de dicha obligación, el derecho de receso que no le otorga la letra de la LGS (arts. 160 y 245). Asimismo, podría disponerse que el incumplimiento de la obligación impuesta conlleve no ya el receso, sino la facultad de hacer jugar un derecho de compra forzosa en uno u otro sentido por el mecanismo de “ruleta rusa”, “opción mexicana” u otros.

<sup>80</sup> La desventaja que tiene el receso es que implica una necesaria despatriomonalización de la sociedad y, en alguna medida, conspira contra el principio de conservación de la empresa en cuanto implica una extinción parcial del contrato de sociedad.

<sup>81</sup> En la medida que esta cuenta con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, en los términos del art. 220, inciso 2, ya que en caso no existir las mismas, su pago implica una reducción de capital con destino a la cancelación de las acciones, es decir, es un supuesto de receso del socio. La jurisprudencia norteamericana en general no impone la compra a la sociedad sino a uno o más socios mayoritarios; sin embargo, imponerla a la sociedad puede facilitar la salida del minoritario cuando esta cuenta con fondos para afrontarlos, sumado a que -en principio- dicha operación beneficia por igual a todos los accionistas pertenecientes al grupo de control

o más socios<sup>82</sup> o del controlante no socio; c) la compra forzada de las participaciones del mayoritario por parte del minoritario; d) imponer judicialmente mecanismos de opción de compra recíproca, como la de “ruleta rusa”, la “opción mexicana”, o cualquier otro, en el orden y formas que el juez determine<sup>83</sup>; e) finalmente, si bien resulta difícil imaginar un supuesto en donde pueda disponerse la disolución judicial por vía del art. 1713 del CCCN, podría darse el caso sumamente excepcional de que relación entre el perjuicio del minoritario y el volumen comercial de la sociedad lo justificara, siempre que fuera inviable cualquier otra medida<sup>84</sup>.

---

y minoritarios ajenos al conflicto. En consonancia con lo dicho, el derecho inglés prevé expresamente la imposición de la compra a la sociedad en los dispositivos legales ya citados.

<sup>82</sup> Respetando el derecho de preferencia a los fines de respetar los esquemas de control (cfr. arg. arts. 194 y 221 in fine), siempre que las circunstancias del caso lo justifiquen.

<sup>83</sup> En el mecanismo de Ruleta Rusa una de las partes requiere a la otra para que le compre su participación a un precio determinado o, alternativamente, le venda su participación por ese mismo precio. La llamada Opción Mexicana funciona mediante un mecanismo de oferta simultánea en sobre cerrado por las participaciones de la otra parte, y la que esté dispuesta a pagar un precio por participación social más elevado, es la que gana la subasta. Atento a que el mecanismo económicamente más razonable y respetuoso del principio mayoritario parece ser el del buy-out de las participaciones del minoritario, entiendo que la conveniencia y justicia de los mecanismos mencionados dependerá de las circunstancias del caso y, sobre todo, de la entidad de las participaciones de las partes, siendo más razonables cuanto más parejas sean las tenencias porcentuales entre el mayoritario y minoritario. Sobre la aplicabilidad de mecanismos de ruleta rusa dispuestos legalmente, cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, op. cit., p. 113.

<sup>84</sup> A diferencia de la involuntary dissolution del derecho anglosajón, nuestra legislación no plantea como causal disolutoria el abuso mayoritario, a menos que ello devenga en un bloqueo encuadrable en el art. 94 inc. 4 de la LGS, lo que resulta difícil de concebir.

Según habrá podido observar el lector en el desarrollo expuesto hasta aquí, los dispositivos de los artículos 1710 y siguientes del CCCN configuran una norma con estructura y soluciones sorprendentemente similares a los remedies anglosajones. En particular, las facultades conferidas al juez por el art. 1713<sup>85</sup> (a simple vista novedosas en nuestro derecho) resultan la consagración legislativa de una suerte de injunctions nacionales, según se desprende claramente de la explicación que el profesor italiano Sereni hace del instituto anglosajón: “El principal remedio que la equity concede para la protección de los derechos (...) es la llamada injunction. Esta consiste en una orden judicial, a fin de que el destinatario de la misma cumpla o se abstenga de cumplir un acto determinado. La injunction que manda cumplir un acto determinado (que puede ser un *facere* o un *dare*) se llama *mandatory injunction*; la que contiene una orden de no hacer se llama *restraining* o *prohibitive injunction* (...) La injunction es permanente cuando es acordada en la sentencia definitiva. Pero el tribunal de equity puede, asimismo, acordar injunctions *in limine litis*, a título cautelar o durante la tramitación del juicio (...) En la sentencia definitiva pueden ser confirmada con o sin modificaciones, y devienen permanentes o perpetuas. Si, por el contrario, no se las confirma, quedan, como se dice, *disueltas*. Pero aún la injunction permanente puede ser judicialmente modificada o revocada cuando las condiciones de hecho o de derecho en que se fundó su concesión cesan o se modifica”<sup>86</sup>.

Sin embargo, de modo similar a lo que ocurre en el derecho anglosajón con el instituto genérico de la injunction, la hipótesis de la norma argentina configura un supuesto abierto y no previsto es-

---

<sup>85</sup> De modo similar a la consagración legislativa genérica de la facultad de “disponer obligaciones de dar, hacer o no hacer”: § 60.952, (2), (a), de la Oregon Business Corporation Act, y la sección 996, (b), (i) y (ii) de la Companies Act inglesa, ambos ya citados.

<sup>86</sup> SERENI, Angelo Piero, “Lequiti negli Stati Uniti”, Rev. Trim. Di Diritto e Procedura Civile, 1952, reimpr. en Sudi di Diritto Comparato: I – Diritto degli Stati Uniti, Giuffrè, Milano, 1956, p. 67-147, citado por GARBER, Carlos A., op. cit., p. 45, nota 17.

pecíficamente para el abuso u opresión en las relaciones intrasocietarias<sup>87</sup>. Según se vio previamente, la solución patria prevé un supuesto genérico que se configura en la violación del deber de prevenir el daño, el cual resulta aplicable a todo el derecho público y privado.

Justamente, el desafío en la utilización de esta herramienta para desactivar el conflicto societario será encontrar sus pautas específicas para su aplicación a este problema concreto. En dicha tarea deberá integrarse las normas del derecho privado y recurrir no solo a las fecundas construcciones de la doctrina y jurisprudencia nacional en materia de abuso de mayorías, sino asimismo a la experiencia de más de un siglo de la jurisprudencia anglosajona en la aplicación de sus injuncions a la materia.

### *3.6. Breve referencia a posibles criterios de procedencia de la acción preventiva en materia societaria. Aportes del derecho anglosajón*

No hay dudas que la dinámica comercial restringe la intervención judicial mucho más que en otras áreas del derecho[88]. Por ello, la

---

<sup>87</sup> Según ya se hizo referencia en nota anterior, el derecho norteamericano cuenta con dos sistemas en la regulación de la materia, uno más moderno que arbitra una previsión legal específica de los supuestos de opresión y sus consecuencias, y otro tradicional en el que ambas cuestiones quedan libradas a los jueces. Enrolados en este segundo sistema, los ordenamientos de muchos estados confieren legal o jurisprudencialmente el mecanismo general de las injuncions ante la configuración de una realidad injusta que, en materia societaria, implica la “oppression” del minoritario; en cada caso el juez evalúa si se configura o no esta situación, de acuerdo a los criterios que ha ido delineando la jurisprudencia con los años. En este sentido, la norma argentina se asemeja al sistema tradicional, consagrando una hipótesis normativa abierta (violación del deber de prevención), con una consecuencia legal genérica que confiere amplias facultades a los jueces (imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer).

<sup>88</sup> Expresada no siempre razonablemente por nuestros tribunales mediante el multifuncional “criterio restrictivo” o la doctrina de las “cuestiones no

eventual aplicación de este instituto en la solución del conflicto societario deberá conciliar la protección del minoritario con el principio mayoritario de gobierno, el respecto a la libertad y propiedad de los socios y la sociedad, el organicismo de la persona jurídica, la dinámica de los negocios, la conservación de la empresa y el riesgo que asume toda persona al ingresar a una sociedad.

Asimismo, al igual que muchos institutos incorporados por el CCCN -muy presentes en materia de minoridad y familia- este mecanismo deberá enfrentarse a la tradicional concepción del juez como mero aplicador de las leyes, en tanto el mismo solo será viable bajo una cosmovisión que jerarquice las facultades judiciales en un ordenamiento de principios y reglas, en donde prime la necesidad de brindar justicia al caso concreto.

Así pues, en orden a buscar los parámetros que permitan ajustar el amplio instituto bajo estudio al conflicto societario, intentaré primero abordar brevemente algunos criterios generales que puedan ser de utilidad y, según se anticipó anteriormente, luego aquellos referidos específicamente a los presupuestos de la acción preventiva, buscando aproximar cuándo se configura en materia societaria el abuso del derecho de no prevenir (autoría y antijuridicidad), cuándo existe un riesgo suficiente a un interés digno de tutela (daño), y cuándo la amenaza de daño es previsible (relación de causalidad).

### *3.6.1. Criterios generales*

Entiendo oportuno mencionar aquí tres criterios que deberán o podrán ser tenidos en cuenta a los fines de aplicar el mecanismo preventivo propuesto.

En primer lugar, como resulta razonable, las medidas estructurales que permite adoptar el art. 1713 a los fines de permitir la salida del minoritario, serán aplicables siempre que no exista una solución

---

judiciales: cfr. CNCom. Sala D, “Pereda Rafael c/Pampagro S.A.”, 22/08/1989. En el derecho anglosajón, la “business judgment rule”; EEUU: *Gimbel v. Signal Cos.*, 316 A.2d 599, 608 (Del. Ch. 1974); Inglaterra: *Companies Act 2006 section 172*; *Re Smith & Fawcett Ltd* [1942] Ch 304.

específica y -en particular- un derecho de receso conferido por ley<sup>89</sup>. En segundo lugar, por regla general, que previo a su petición el socio deberá haber agotado la vía societaria, solución casi unánime en el país que es aplicada por el derecho extranjero en esta materia. En tercer y último lugar, creo que en las primeras experiencias a la hora de configurar en detalle las obligaciones del art. 1713 del CCCN, encontrará el juez una provechosa guía en los mecanismos establecidos por las leyes y jurisprudencia anglosajonas para la aplicación de los remedies en cada caso concreto<sup>90</sup>, teniendo siempre presente que en cualquiera de las soluciones estructurales arbitradas deberá afrontarse el difícil problema de la valuación de las participaciones societarias.

### *3.6.2. Criterios referidos a los presupuestos de la acción preventiva*

#### *3.6.2.1. Autoría y antijuridicidad*

Este es el punto en que más ha avanzado nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente en el abuso del derecho del gobierno mayoritario en materia de nulidades asamblearias, todos cuyos criterios serán aplicables para determinar si existe omisión antijurídica del deber de prevenir.

Asimismo, las conclusiones de nuestro país coinciden con las nociones del derecho anglosajón que definen la oppression desde un criterio objetivo de inconducta de la mayoría, sea como una violación a los deberes generales de probidad y diligencia esperables de todo socio (Wrongful Conduct), o como la violación de los deberes fiduciarios de fidelidad que tiene la mayoría en el control y administración del patrimonio común (Breach of Fiduciary Duty<sup>91</sup>). Es por ello

---

<sup>89</sup> Cfr. *Matteson vs. Ziebarth*, 242 P.2d 1025, 40 Wash. 2d 286 (1952); *Tanzer vs. International General Industries Inc.*, cit; *Gaines vs. Long Mfg. Co.*, 67 S.E.2d 350 (N.C. 1951).

<sup>90</sup> V.gr., los procedimientos de la Oregon Business Corporation Act, § 60.952 de de la Model Business Corporation Act, § 14.34.

<sup>91</sup> El deber fiduciario es definido por la jurisprudencia norteamericana como el deber que pesa principalmente sobre el controlante y que conjuga

que, sumado al avance nacional existente a la fecha, entiendo serán útiles los criterios y casuística elaborada específicamente por la jurisprudencia anglosajona para ponderar las conductas de las partes y aplicar los mecanismos bajo estudio.

Estas pautas ayudarán a discernir si se ha configurado un abuso de la minoría o de la mayoría, definiendo especialmente en este último caso si el peligro que asecha al minoritario es injustificado por haber la mayoría rebasando su razonable margen de discrecionalidad mediante la omisión de medidas razonablemente exigibles, sea en operaciones de cierta dimensión<sup>92</sup>, en la retención persistente de

---

los conceptos patrios de buena fe e interés social, con especial énfasis en los de los minoritarios beneficiarios de su gestión y excluidos de la misma: “el fiduciario cumple acabadamente sus deberes si endereza su actuación a perseguir los intereses de los beneficiarios en lugar de los propios” (Corte de apelación de Oregon, en re Chiles v. Robertson, cit. 619, 767 P.2d 903, la traducción me pertenece). Asimismo, expresa el máximo tribunal de Oregon que “los que están en el control de los asuntos corporativos tienen deberes fiduciarios de buena fe y trato justo hacia los accionistas minoritarios”, particularmente imponiendo en política de dividendos la obligación de perseguir el interés social, o “legítimos propósitos empresariales en vez del propio interés de quienes están en control” (Suprema Corte de Oregon, en Zidell vs. Zidell, cit., la traducción es de autor).

<sup>92</sup> En este punto reviste relevancia el criterio de “total justicia” exigible a los controlantes. Del antecedente *Tanzer vs. International General Industries Inc.*, 379 A.2d 1121 (Del. 1977), de la Corte de Delaware, surgen algunos criterios que pueden adaptarse como parámetros generales a cualquier tipo de operación concertada por la mayoría con resultados perniciosos para la minoría: la finalidad de la operación, la información suministrada a los minoritarios sobre la misma, la existencia o inexistencia de alternativas a la decisión adoptada, la existencia y entidad de un eventual beneficio para los minoritarios y -como indicio- la concurrencia de otros minoritarios que aprueben la operación. Asimismo, en el fallo *Katzowitz vs. Sidler*, 249 N.E.2d 358 (N.Y. 1969), la Corte de Nueva York exigió a los mayoritarios beneficiados de la operación la justificación de una razón empresarial valedera que la justificara, independiente a los intereses

dividendos<sup>93</sup>, en la compra por la sociedad de las acciones del grupo mayoritario<sup>94</sup>, en la remoción de un minoritario de su cargo de director y empleado de la sociedad<sup>95</sup>, etc.

---

particulares de cualquier accionista, sin perjuicio de no haberse probado en el juicio intención reprochable en los controlantes. Finalmente, es de hacer notar que la jurisprudencia norteamericana es coincidente en exigir que, cuando las circunstancias de hecho demuestran *prima facie* una situación de abuso, sea el grupo controlante quien tenga la carga de probar que no se han dado los elementos configurativos de este. Cfr. GARBER, Carlos A., *op. cit.*, p. 54-55, 72 y 79 y sgtes. En consonancia con esto último, en materia de cargas dinámicas, el juez argentino cuenta hoy con el dispositivo expreso del art. 1735 del CCCN, plenamente aplicable al caso.

<sup>93</sup> En relación al caso particular de la retención de utilidades, la jurisprudencia estadounidense ha sostenido el principio general de la discrecionalidad razonable en su disposición. A los fines de evaluar dicha razonabilidad, se ha tenido en cuenta el tiempo que la sociedad lleva sin distribuir las utilidades, las perspectivas del negocio, el destino dado a las ganancias no distribuidas de ejercicios anteriores y -principalmente- el monto de las ganancias retenidas en relación a parámetros objetivos como el pasivo de la sociedad, el capital de trabajo necesario y el coeficiente de liquidez. Cfr. jurisprudencia citada en nota 75.

<sup>94</sup> En el célebre fallo de la Corte de Massachusetts en el caso *Donahue vs. Rodd Electrotipe Company of New England, Inc.*, App. Ct. 876 (Mass. 1974), estableció que el estándar general de probidad entre los accionistas es idéntico al que existe en las sociedades de personas, y que impone a los socios mayoritarios brindar igualdad de oportunidades a la minoría, en particular, en la adquisición de las acciones por parte de la sociedad.

<sup>95</sup> La Corte de Massachusetts reiteró el criterio referido en la nota anterior en el famoso caso *Wilkes vs. Springside Nursing Home, Inc.*, 370 Mass. 842, 353 N.E.2d 657 (Mass. 1976) en el que el accionante solía ejercer el cargo de director y empleado en una compañía compuesta por cuatro accionistas, la cual no distribuía utilidades a título de dividendos. Por un diferendo entre los accionistas, la sociedad removió del directorio al minoritario y lo despidió en su condición de empleado. Para la Corte, dicha maniobra configuró violación a los deberes fiduciarios que existen

### 3.6.2.2. Daño

En segundo lugar, el art. 1711 del CCCN manifiesta que el remedio procede “cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño”. Sin embargo, el principio mayoritario de gobierno, la dinámica negocial y el riesgo asumido en el contrato de sociedad no hacen sencillo determinar cuándo el minoritario puede sentirse legítima y suficientemente amenazado por una conducta de la mayoría que justifique la intromisión judicial.

Entiendo que, en este punto, la pauta dada por el código es la “razonabilidad” que deber caracterizar al interés cuya prevención el socio minoritario pretende (art. 1712 CCCN), razonabilidad que debe ser juzgada según las particulares circunstancias de la realidad societaria mencionadas en el párrafo anterior. Sin embargo, como puede verse, este criterio no es más que un principio de respuesta, más no despeja por sí solo este asunto. Según entiendo, a los fines de hallar precisiones en este aspecto, serán sumamente útiles los fecundos desarrollos del derecho anglosajón -especialmente norteamericano- en tanto la pauta mencionada es plenamente coincidente con el criterio subjetivo de las “shareholder’s reasonable expectations” como factor determinante de la oppression, según ha sido paradigmáticamente definido en los leading case *Kemp & Beatley, Inc*[96] y *Topper*[97].

Trasvasando dichas construcciones extranjeras a la lógica y términos del derecho patrio, entiendo que el interés razonable del socio se encuentra íntimamente vinculado a las reasonable expec-

---

entre los miembros de una sociedad cerrada, que lo privó de la posibilidad de recibir una compensación justa por sus labores como funcionario y empleado de la empresa -que solo podría remediar dándole nuevo empleo y de obtener cualquier retorno de su inversión como accionista -que solo se haría efectiva si la empresa comprara sus acciones u optara por comenzar a distribuir utilidades-. Cfr. *Zidell vs. Zidell*, cit.

<sup>96</sup> *Matter of the Judicial Dissolution of Kemp & Beatley, Inc*, 484 N.Y.S.2d 799, 473 N.E.2d 1173 (N.Y. 1984)

<sup>97</sup> *Topper*, cit.

tations encarnadas en la causa del contrato de sociedad, tanto en su causa fin como su causa motivo expresa o implícitamente considerada. En estos términos, según se verá, el interés del socio será digno de prevención cuando haya sido un factor decisivo o esencial<sup>98</sup> en la concertación del contrato de sociedad o su continuación, que además haya sido conocido por los socios cocontratantes o haya debido ser conocido por ellos<sup>99</sup>, y cuya frustración por la mayoría implique un incumplimiento grave al contrato de sociedad que haga irrazonable al minoritario continuar obligado a la decisión mayoritaria o inclusive al propio contrato<sup>100</sup>. Serán estos intereses los que justifiquen medidas que -respectivamente- interfieran con el gobierno societario o enerven la especial fuerza vinculante del contrato plurilateral, latente en el art. 1443 del CCCN y 16 de la LGS.

En materia de abuso de mayorías, la jurisprudencia norteamericana entiende que existe *oppression* pasible del *remedie* judicial cuando -sin perjuicio de haber actuado en el marco de la literal legalidad<sup>101</sup>- la mayoría perjudica grave y sustancialmente las expectativas

---

<sup>98</sup> La gravedad exigible en la frustración del interés (y por ello, en el incumplimiento de la mayoría) para la justificación de medidas resolutivas del contrato de sociedad, se corresponde con el principio general establecido para los contratos por el art. 1084 del CCCN, y está en consonancia con los principios de derecho privado universal fijados en el art. 25 de la Convención de Viena y el art. 7.3.1 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. En relación al particular: “la *opresión* debe considerarse procedente solo cuando la conducta de la mayoría frustra sustancialmente las expectativas de los accionistas minoritarios que, vistas objetivamente, eran razonables según las circunstancias y fueron centrales a la hora de decidir ingresar a la sociedad” (Davis v. Sheerin, 754 S.W.2d 375, 381 (Tex. App. 1988), la traducción me pertenece. Este fallo sigue la línea ya trazada por el antecedente Kemb & Beatley, del mismo tribunal).

<sup>99</sup> En cuanto al momento en que debe juzgarse la previsión me referiré al tratar la relación de causalidad.

<sup>100</sup> Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, op. cit, p. 1114; también, argumentos del *austrittrecht* en la doctrina alemana.

objetivas, sensatas y razonables del minoritario contenidas expresa o implícitamente en el contrato social, como aquellos factores decisivos que le indujeron a hacerse parte de la sociedad y que, por todo ello, debieron ser conocidas por los controlantes<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> “Un tribunal debe brindar socorro a un accionista minoritario, sea mediante la disolución o cualquier otro remedio, siempre que los administradores o accionistas controlantes actúen de una manera que defrauda las expectativas razonables de los accionistas minoritarios, aún cuando los actos de los administradores o controlantes estén dentro del alcance literal de las facultades o derechos que les concedan las Ley de Sociedades, el acto constitutivo o el reglamento. Las expectativas razonables de los accionistas, del modo en que existen en la creación de la empresa, y del modo en que se desarrollan posteriormente en el curso de acuerdos que se van conformando entre todos, es tal vez la guía más confiable para una solución justa de un conflicto entre los accionistas, al menos un conflicto en las típicas sociedades cerradas. En una corporación cerrada, los estatutos y reglamentos casi nunca reflejan la totalidad de las condiciones acordadas por los socios entre sí.” (O’NEAL, F. Hodge, “Oppression of Minority Shareholders” § 9.04, citado por la Suprema Corte de Carolina del Norte in re Meiselman vs. Meiselman, 307 S.E.2d 551 309 N.C. 279 (1983), la traducción me pertenece).

<sup>102</sup> “Un accionista que razonablemente tuvo la expectativa de que unirse a la sociedad le daría derecho a un trabajo, a una porción de las ganancias de la sociedad, a un lugar en la administración o a cualquier otra forma de ingreso estable, sería cabalmente oprimido cuando otros en la sociedad apuntaran a defraudar esas expectativas y no exista ningún medio eficaz para salvaguardar su inversión (...) Un tribunal, al considerar una petición que alegue una conducta opresiva, debe investigar lo que los accionistas mayoritarios conocían, o deberían haber conocido, en relación a las expectativas del peticionante al ingresar a dicha particular sociedad. La conducta de la mayoría no debe considerarse opresiva simplemente porque no se cumplan las esperanzas y deseos subjetivos del peticionario al unirse a la sociedad. La decepción por sí sola no necesariamente debe ser equiparada con la opresión. Más bien, la opresión se considera solamente cuando la conducta mayoritaria frustra sustancialmente las

Puntualmente, la doctrina norteamericana sostiene que existen dos clases de expectativas o intereses: las primeras -identificables con la causa fin del contrato de sociedad- son aquellas generales o abstractas que tiene todo socio por el hecho de ser tal, en tanto se encuentran ínsitas en el propio negocio societario y son connaturales a la condición de socio; por ejemplo, la participación en el gobierno de la sociedad o en las ganancias[103]. Las segundas -equiparables a la causa motivo- son aquellos intereses particulares que no existen en la estructura del contrato de sociedad, pero que integran un contrato social determinado cuando han sido causalizados por los socios mediante su consideración expresa o implícita[104]; es el frecuente caso,

---

expectativas que, objetivamente consideradas, fueron tanto razonables dadas las circunstancias, como también centrales para que el peticionante ingresara a la sociedad.”(Corte Suprema de Nueva York, *Kemp & Beatley, Inc.*, cit., la traducción es propia). “Cfr. MOLL, Douglas K., *Shareholder Oppression & Reasonable Expectations: Of Change, Gifts, and Inheritances in Close Corporation Disputes*, en *Minnesota Law Review* N° 86, 2001-2002, p. 717; VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, op. cit., p. 79; AMAYA PRIETO, Juan Pablo, “Abuso del derecho en materia societaria: opresión de accionistas y políticas de repartición de utilidades en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado* N.º 53, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Enero - Junio de 2015. Explica Matheson: “Quienes están a favor de una mayor intervención judicial sostienen que los accionistas de sociedades anónimas cerradas son, en esencia, socios en una relación económica y social en curso, y que la naturaleza única de la sociedad anónima cerrada requiere remedios especiales cuando un accionista actúa de manera incompatible con los intereses o las expectativas de otro.” (MATHE-SON, John H., op. cit., p. 660, la traducción me pertenece).

[103] Consisten en la causa fin del contrato de sociedad, comprendidas expresamente en el artículo 1 de la LGS.

[104] “Los intereses y perspectivas de los demás participantes deben ser considerados a la hora de determinar de las ‘expectativas razonables’. La clave es los ‘razonable’. A fin de que las expectativas de los demandantes sean razonables, deben ser conocidos o asumidos por los demás accionistas, y concordadas con ellos. Las expectativas reservadas para sí que no

por ejemplo, en que pese a la dinámica formal societaria, las partes han acordado que en vez de distribuir dividendos, estas serán remuneradas con honorarios o salarios por su labor personal en la sociedad<sup>105</sup>.

De modo similar al derecho anglosajón, la actual o futura afectación grave de cualquiera de los dos tipos de intereses subyacentes del socio -como causa fin o motivo- darán lugar a una amenaza de daño que implique un “razonable interés en su prevención” (art. 1712 CCCN). Sin perjuicio de ello, dada la variedad y riqueza de las causas-motivo que puedan inspirar a los socios en cada caso, serán quizás estas las más útiles a la hora de integrar y humanizar judicialmente las reglas de la Ley 19.550 con el ejercicio regular de los derechos y los derechos de propiedad, igualdad y libertad de asociación del minoritario<sup>106</sup>.

---

fueron dadas a conocer a los demás participantes no son ‘razonables’. Solo las expectativas consagradas en entendimientos entre los participantes, expresos o implícitos, deben ser reconocidos por el Tribunal.” (Suprema Corte de Carolina del Norte, in re Meiselman vs. Meiselman, cit., la traducción es de autor).

[105] Siendo inclusive irrelevante si la sociedad despidió al socio con invocación de justa causa: “Ya sea que los accionistas controlantes despidan al peticionante con justa causa o dentro del margen de su criterio empresario, es irrelevante. La corte considera que el acuerdo indiscutible entre los accionistas al momento de la formación de la sociedad fue tal, que la conducta de los demandados han dañado severamente las razonables expectativas de los peticionantes, y constituye un freeze-out de sus intereses; consecuentemente, la misma es considerada ‘opresiva’ dentro del marco legal” (Topper, cit, 107 Misc.2d 28, la traducción es de autor). En igual sentido, la Suprema Corte de Carolina del Norte, con cita a O’Neil: “aquellas ‘expectativas razonables’ incluyen, por ejemplo, la expectativa de las partes de que participarán en la administración del negocio o que serán empleadas de la sociedad”. (Meiselman vs. Meiselman, cit., cuya traducción me pertenece). Cfr. O’NEAL, F. Hodge, “Close Corporations: Existing Legislation and Recommended Reform”, 33 Bus.Law 873, 885 (1978)). Cfr. Kemp & Beatley, Inc., cit.; Balvik v. Sylvester, cit.,

Finalmente, dado que toda causa constituye un elemento esencial presente a lo largo de toda la vigencia del contrato, y atento a la naturaleza contingente y dinámica de las causas-motivo que han movilizadado a los socios, será fundamental comprender la mutación que tendrán dichos intereses serios y determinantes a lo largo de la existencia de la sociedad. Ahora bien, sin perjuicio de la importancia que en la jurisprudencia anglosajona tienen las sucesivas variaciones de estas expectativas específicas a los fines de evaluar la

---

[106] Explica el maestro O'Neil: "Al parecer, sin un examen minucioso, los tribunales conceden al principio del gobierno mayoritario la misma santidad en las sociedades comerciales, incluyendo las pequeñas empresas, del que tiene en el mundo político. El principio mayoritario de gobierno es en el pensamiento jurídico tradicional un atributo firmemente consolidado de la estructura societaria. Sin embargo, no es raro que una persona poco adosada en materia de negocios y finanzas, invierta todos sus activos en una sociedad cerrada con la expectativa -a menudo razonable bajo las circunstancias, incluso en ausencia de un pacto expreso- de qué será un empleado clave en la empresa y que tendrá voz en la toma de decisiones empresariales. Así, cuando los tribunales aplican el principio del gobierno mayoritario en las sociedades cerradas, a menudo frustran las expectativas razonables de los participantes". (O'NEAL, F. Hodge, "Oppression of Minority Shareholders" § 9.04, citado por la Suprema Corte de Carolina del Norte in re Meiselman vs. Meiselman, cit., traducción de autor). En consonancia con lo dicho, el tribunal expone con diáfana claridad en el citado fallo la necesidad de brindar soluciones que liberen del yugo vinculante de la sociedad al minoritario frustrado: "En resumen, entonces, cuando los tribunales no pueden proporcionar un remedio para un accionista minoritario cuyas 'expectativas razonables' han sido decepcionadas en el marco de una sociedad cerrada, la Corte, en efecto, 'impone la continuación de la asociación por constreñimiento legal -alguna vez llamado 'juntos por imposición'- en una perspectiva que en modo alguno aparece como política deseable'. En otras palabras, la insistencia en pretender que las partes en resuelvan sus diferencias en el marco de la sociedad parece inconsistente con la tradicional resistencia de los Tribunales de Equidad para hacer cumplir las relaciones personales no deseadas".

procedencia de los remedies<sup>107</sup>, el derecho argentino ha condicionado la consideración de dichas mutaciones al actuar doloso de la mayoría, según se referirá a continuación<sup>108</sup>.

### 3.6.2.3. *Relación de causalidad*

Por último, existen también algunas notas dignas de resaltar en la relación de causalidad exigida en la función preventiva. Justamente, debe atenderse a que “la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes”, y que “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”<sup>109</sup>.

Para ello, atendiendo a la sociedad como contrato, es forzoso remitirse al régimen de causalidad en la materia. En este punto, la novedad introducida por el art. 1728 del CCCN<sup>110</sup> ha dejado de lado

---

<sup>107</sup> “Estas ‘expectativas razonables’ deben ser descubiertas examinando íntegramente la historia de la relación de los participantes. Dicha historia incluirá las ‘expectativas razonables’ creadas en la formación de la relación de los participantes; aquellas según se fueron alteradas en el tiempo; y las ‘expectativas razonables’ que se desarrollaron a medida que los participantes se fueron vinculando en el curso de las negociaciones necesarias para la conducción de los asuntos sociales.” (Suprema Corte de Carolina del Norte in re Meiselman vs. Meiselman, cit., traducción propia)

<sup>108</sup> Sin perjuicio de que a primera vista ello parece marcar una diferencia con la jurisprudencia norteamericana, creo que ello en realidad no es tal, o al menos no en forma lineal. Según se ha mostrado en alguna de las citas anteriores, la variedad estadual y casuística de la legislación y jurisprudencia anglosajona ha tenido una visión pragmática y quizás poco sistemática respecto a la intención dolosa que suele darse en la mayoría de los casos de conductas opresivas, manifestando a veces en forma expresa su innecesidad y, otras tantas, tomándola expresa o implícitamente como un extremo imprescindible.

<sup>109</sup> Comisión Redactora; Fundamentos..., p. 218.

<sup>110</sup> “Artículo 1728.- 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 respon-

la previsibilidad en abstracto tradicionalmente exigida en nuestro país, para pasar a aquella que en concreto han debido tener las partes al momento de la contratación, respondiendo aquí también a una solución de neta ciudadanía<sup>111</sup>.

Aplicando estas normas al tema tratado, la única amenaza de daño que se encontrará en relación de causalidad adecuada con el acto u omisión antijurídico de la mayoría, será la referida a aquellos intereses razonablemente tutelables que hayan sido o podido ser previstos por los socios al momento de contratar; es decir, las expectativas comprendidas en la causa fin del contrato y aquellos motivos causalizados en forma expresa o implícita al momento de su celebración.

Según se adelantó, por regla general quedarán fuera de la previsión causal aquellas expectativas o motivaciones en las que los socios hubieran concordado con posterioridad al acto fundacional, salvo que la conducta de la mayoría se encuentre teñida de dolo, en cuyo caso la previsión se juzgará al momento del acto antijurídico,

---

sabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.”

[111] “En un sistema que unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, es necesario regular claramente la previsibilidad en materia contractual. Esta regla, con distintas variantes, es la que se admite mayoritariamente. Ha comenzado con un texto de Paulo (19.I.21,3) que limitaba el resarcimiento obligacional, siguiendo por un enorme caudal de reglas casuísticas del medioevo, hasta llegar a la obra de Molineo que estableció una fórmula única para decir que hay un límite en la responsabilidad obligacional derivado justamente de la obligación preexistente. El Código Civil Francés, (art 1150) dispone que “el deudor responde por los daños que ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato”. En el derecho anglosajón, la regla surge con el caso “Hadley vs. Baxendale” que toma en cuenta lo que ha sido previsible al momento de contratar. Una regla similar es receptada en diversos textos internacionales como la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En la doctrina internacional, puede señalarse que los Principios de Unidroit...” Comisión Redactora; Fundamentos..., p. 228 y 229.

comprendiendo en tal caso las expectativas existentes conocidas al tiempo de la acción u omisión.

Pese a lo dicho, entiendo que la habitual actuación dolosa de los abusos de mayorías o minorías demostrada por la casuística tribal, da cuentas de que será de aplicación más frecuente la excepción que la regla.

#### **IV. Consideraciones finales**

Creo que el CCCN ha incorporado un mecanismo sumamente versátil y efectivo para la resolución de los conflictos societarios en sus diferentes niveles, el cual no solo permite a los tribunales sanear la dinámica societaria con el mandato más idóneo al caso, sino también arbitrar soluciones estructurales que impliquen la separación de los socios por cualquiera de los mecanismos que estime conveniente.

La novedosa disposición del art 1713 del CCCN, quizás más afín a los sistemas del common law, plantea una herramienta poderosa que descansa en el criterio judicial y que plantea la necesidad de aggiornar la tradición argentina a soluciones normativas más abiertas y flexibles que se muestran más útiles a la hora de adaptar las soluciones legales a los complejos problemas de la realidad moderna, permitiendo llevar justicia a cada caso concreto.

En este marco, al igual de lo que ocurre en materia de minoridad y familia, será tarea fundamental del juez asumir el rol que le ha dado el CCCN, ejerciendo con determinación y prudencia las amplias potestades que le permitirán resolver este grave problema de las sociedades cerradas argentinas, problema que hasta la fecha clama aún su solución.

## **El concepto de río en el Código Civil y Comercial**

AB. ALDO GUARINO ARIAS (SAN RAFAEL – MENDOZA)



## I. Introducción

Cuando me propuse estudiar las normas del nuevo Código Civil y Comercial, Ley 26994/14, vinculadas con el derecho de aguas, tenía presente las enseñanzas de Spota<sup>1</sup> en su monumental obra sobre "derecho de aguas", en el sentido en el cual afirma, que puede decirse que el art. 2340 del Código Civil de Vélez, "es la piedra angular de todo el derecho de aguas".

No obstante las críticas de Marienhoff, sobre este aspecto, no dejó de reconocer, la influencia que tiene la legislación civil en el Derecho de aguas<sup>2</sup>.

Allende, participa de este concepto<sup>3</sup>.

Mathus Escorihuela<sup>4</sup>, en su obra Derecho y administración de aguas, también manifiesta, con cita de Guillermo Cano, que en el Código Civil argentino, encontramos las reglas básicas que informan el "derecho de aguas", en especial, el principio de dominialidad pública de las aguas, contenido en el art. 2340.

Con estas nociones básicas lo primero que hice fue consultar una vez más el art. 2340 del C.C. de Vélez, que dice:

"Son bienes públicos del Estado general o de los Estados particulares: 1. Los mares adyacentes al territorio de la República, hasta

---

<sup>1</sup> Alberto G. Spota. "Tratado de derecho de aguas". Librería Casa Editora Jesús Menendez. Bs. As. 1941. T. I, pág. 26. "Es en este corpus juris que estatuye sobre el derecho privado común donde hallaremos las reglas más fundamentales del derecho de aguas. Nuestro Código ha seguido en esta materia, el ejemplo dado por los códigos civiles de Francia e Italia, los cuales sancionan los principios relativos a la dominialidad de las aguas".

<sup>2</sup> Miguel S. Marienhoff. "Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas". Tesis doctoral. Abeledo Perrot, pág. 89 y sgtes.

<sup>3</sup> Guillermo L. Allende. "Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas". Endeba Editorial Universitaria de Bs. As. 1971. "El autor al referirse a la clasificación de las aguas en públicas y privadas, o sea aguas pertenecientes al dominio público o al dominio privado, expresamente ubica el tema en el Código Civil de Vélez en el art. 2340, pág. 82.

<sup>4</sup> Miguel Mathus Escorihuela. "Derecho y administración de aguas", pág. 27.

la distancia de una legua marina, medida desde la línea de la más baja marea; pero el derecho de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera. 2. Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros. 3. Los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales. 4. Las playas del mar y las playas de los ríos navegables en cuanto su uso sea necesario para la navegación, entendiéndose por playas del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas, y no en ocasiones extraordinarias de tempestades. 5. Los lagos navegables por buques de más de cien toneladas, y también sus márgenes. 6. Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables. 7. Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad o comunidad común”.

Este artículo sufrió importantes modificaciones con la ley 17711/67, el que quedó redactado así:

“[Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1. Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; 2. Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; 3. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corre por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación; 4. Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias; 5. Los lagos navegables y sus lechos; 6. Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; 7. Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; 8. Los documentos oficiales de los poderes del

Estado; 9. Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico]”.

Este artículo, del Código de Vélez, tiene una extensa nota<sup>5</sup>.

En lo que hace a este modesto ensayo, el concepto de RIO vemos que en el Código de Vélez en su texto originario en el inc. 3 del art. 2340 disponía “Son bienes públicos ... inc. 3 ... “los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales”.

Posteriormente la ley 17711/67 introdujo en el inc. 3 el siguiente concepto. Son bienes del dominio público: “Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas

---

<sup>5</sup> N° 1, Cód. de Chile, art. 593.- Kent's Commentaries, Lec. 2ª, n° 29 y 30. La Inglaterra, según este autor, ha sostenido siempre su dominio en los mares territoriales, hasta la distancia de cuatro leguas marinas. N° 3. Véase L. 6. Tít. 28, Part. 3ª.- La L. 5, Tít. 17, Lib. 4, Rec. De Indias, declara que los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos a particulares, son cosas comunes a todos. Solórzano en el Lib. 6. Cap. 11, dice que el Rey de España se reservó siempre en América el dominio de los ríos como el dominio de las tierras. La Ley Romana decía: Flumina pene omnia publica sunt. La palabra pene es la que ha traído las diversas cuestiones entre los comentadores. Merlin, Répert., ver. Rivière, 2, Proudhon, Dominio público, tomo 3, n° 993, y Foucart, Derecho Administrativo, nos dicen que antes del Cód. Francés los ríos no pertenecían a los ribereños, como en él se declaró. En la mayor parte de los Reinos de España, los ríos siempre han sido del dominio público. Goyena, art. 386. Podemos decir que todos los ríos, navegables o no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios a la vida, a la industria y a la agricultura, que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente a la paz, a los intereses generales, que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de ellos. N° 4. LL. 96 y 112, Dig., De verb. Signific.- Demolombe, tomo 9, n° 457, letra C.- Merlín, Qucest., verb. Rivage de la mer.- Cód. Francés, art. 540. N° 6. Cód. Francés, art. 560. N° 7. Cód. Francés, arts. 538 y 540. Cód. Italiano, art. 427.- Demolombe, tomo 9, n° 457.

subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación”.

Como vemos, el Código de Vélez no define al “río”. Vélez era de la opinión de que la ley no debe dar definiciones. Pero como vemos, tampoco daba la estructura jurídica del “río”.

En cambio, el Código Civil y Comercial, según Ley 26994 y que entró en vigencia en agosto de 2015, en el art. 235, inc. c) (el artículo en cuestión sigue la misma estructura del art. 2340) dispone: “Son bienes pertenecientes al dominio público... c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la actitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. SE ENTINDE POR RÍO EL AGUA, LAS PLAYAS Y EL LECHO POR DONDE CORRE, delimitado por la línea de la ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende, el agua, sus playas y su lecho, respectivamente delimitado de la misma manera que los ríos”.

Como vemos el Código Civil y Comercial no da una definición jurídica de lo que es un río, pero si es muy importante destacarlo. Da la estructura jurídica de lo que es el río, al decir: se entiende por río, que es lo mismo que decir “se debe entender por río...” la ley está indicando que el río, es lo que describe la propia ley al enumerar sus elementos. (Las leyes son obligatorias... art. 4 c.c.).

Tales son:

- a) El agua
- b) Las playas y el lecho por donde corre
- c) La línea de rivera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.

Todos estos elementos que integran lo que debemos entender por río son elementos que están unidos inescindiblemente.

Veamos: No se puede concebir el río sin agua, aunque tengamos un cauce. Tampoco se puede concebir el agua sin cauce, pues entonces estaríamos en presencia de una escorrentía (sistema de desplazamiento de las aguas que se opone al estancamiento, a la arroyada y a la infiltración). Tampoco podríamos aceptar la existencia de un cauce en el que no corre agua en forma permanente, pues en un tiempo tendríamos río y en otros tiempos no, porque entonces estaríamos en presencia de un torrente (corriente de agua, violenta, rápida e irregular que se produce por abundantes precipitaciones o por el deshielo).

La nueva ley exige que en el río exista el agua y que esta corra por el cauce lo cual implica que debe ser permanente. Si no hay agua, repetimos: no hay río.

## II. Las notas de los artículos del Código de Vélez

En sucesivas ediciones del Código Civil de Vélez, cuando una disposición ha sido modificada con posterioridad se reproduce el texto vigente, destacado entre [ ] y se señala cual ha sido el origen de la modificación. A continuación se reproduce el texto originario del código, en un tipo de letras más pequeño, a efectos de respetar su estructura legal y permitir la comprensión de las notas del codificador.

Cabe aclarar que las notas del codificador en un cuerpo de normas, no son "ley", pero sirven en mucho para comprender las fuentes donde el legislador ha ido a informarse, facilitando entender el sentido y alcance de la ley.

El Código Civil y Comercial, Ley 26994/14, no contiene notas de cada uno de los artículos, lo cual dificulta en alguna medida la interpretación de sus normas.

En este modesto trabajo he apelado en consecuencia a la comparación de la norma vigente, con la norma derogada, pero por sobre todo he apelado a la teoría de las calificaciones legales que en gran medida ayuda a ubicar la ley en su adecuado casillero.

En un trabajo publicado por Bonaparte<sup>6</sup>, señala que suele atribuirse a BARTIN, ilustre jurista y profesor de francés contemporáneo, la paternidad de esta teoría. Otras se limitan a reconocerle el mérito de haber sido el primero en Francia en haber arrojado nueva luz sobre los conflictos de calificaciones.

“La palabra calificación designa aquí la calificación de una relación jurídica, o sea la ubicación de esta en el cuadro general del derecho”.

“En otras palabras es la determinación de la naturaleza jurídica de una institución...” “esta nos pone en presencia de uno de los aspectos de la actividad normal del jurista, y sobre todo del juez, obligados como están a encajar hechos y relaciones jurídicas en el casillero legal a los fines de la determinación de la ley aplicable”.

Entre nosotros quien se ocupó de aplicar la teoría de las calificaciones legales, fue Miguel S. Marienhoff<sup>7</sup> con motivo de determinar, la “naturaleza jurídica del canon, que habitualmente debe pagar, en dinero o en especie el concesionario de aguas del dominio público, para usos especiales.

En el análisis del jurista mendocino, “el canon no es un impuesto”, aunque así lo llamen ciertas leyes, ya que la naturaleza de un tributo no depende del nombre que se le dé, sino de su estructura jurídica y del concepto que se le merezca.

Este criterio le llevó a Marienhoff a efectuar con absoluta prolijidad, la diferencia entre el “impuesto” y la “tasa”.

Por otra parte, la teoría de las calificaciones legales fue aplicada en un fallo por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en el año 1978<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> L. D. Bonaparte “Calificaciones” (Teoría de las). Enciclopedia jurídica Omeba. Edit. Bibliográfica Argentina. Bs. As. 1967, pág. 513.

<sup>7</sup> Miguel S. Marienhoff. Ob. cit., pág. 587.

<sup>8</sup> Departamento General de Irrigación c/ GEOSA (Grandes explotaciones olivareñas sociedad anónima).

## **Corretaje y las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial**

AB. JUAN PABLO SANTIAGO CIVIT (MENDOZA)



## I. Contrato de corretaje en el Código Civil y Comercial

El corretaje es el contrato que se configura cuando una persona se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes. El corredor no tiene representación porque no obra por cuenta y orden de otro, ni celebra el contrato a nombre de quien le formula el encargo.<sup>1</sup>

Es un mediador, y como tal, se limita a acercar a las partes para que ellas contraten.<sup>2</sup> En ello se diferencia también del comisionista, ya que este último celebra el negocio en su nombre y por cuenta del comitente, mientras que el corredor no presta consentimiento alguno.<sup>3</sup>

Se lo ha definido como al contrato típico de colaboración gestoría no representativo<sup>4</sup>, consensual, conmutativo, oneroso y comercial. Sobre el modo de celebración del corretaje es costumbre la forma expresa para que surja el derecho a la comisión, salvo que existan comportamientos concluyentes del corredor, aceptados tácitamente por la otra parte.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los Contratos, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, Págs. 296/297.

<sup>2</sup> Conf. Cám. Nac. Com., sala B, "Corral Ballesteros, Eduardo c/ Avelino de Sanches", E.D. 88-160.

<sup>3</sup> FERNANDEZ y GÓMEZ LEO, Tratado teórico práctico de Derecho Comercial, tomo III-A, p. 261.

<sup>4</sup> "La actividad comercial de intermediación que desarrollan corredores, martilleros y comisionistas, no incluye poderes de representación frente a terceros; aunque subyace una relación gestoría entre comisionistas y comitente, o entre corredor y cliente, esa relación gestoría no implicainvestidura para obrar en representación de los intereses ajenos, salvo que medie mandato representativo, es decir, mandato con apoderamiento al mandatario". FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, FERNANDEZ Madrid, Horacio, y CAUBET, Amanda Beatriz, Manual práctico de contratación comercial, Errepar, Buenos Aires, 1996, tomo I, p. 557.

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los Contratos, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, pp. 299

Se suele afirmar que el corretaje es una mediación entre oferta y demanda, en que el corredor procura realizar el negocio que el comitente le encomienda y su gestión concluye con el acuerdo de voluntades entre las partes, siéndole ajeno la utilidad del negocio o en cuanto no se deriven de su inconducta. Por su actuación tiene derecho a cobrar una comisión a su comitente, y cuando intervenga un corredor único tendrá derecho a cobrarla de ambos contratantes.<sup>6</sup>

El corredor compromete una obligación nuclear consistente en una prestación profesional, y deberes secundarios de conducta, siendo su función la de acercar a las partes para la celebración de negocios, compromete una obligación de diligencia que debe de ejercerse de buena fe y con probidad.

El contrato de corretaje se encontraba regulado con anterioridad al Código Civil y Comercial por la Ley N° 20.266 que fuera reformada por la Ley N° 25.028, que derogó el capítulo I "De los corredores", del Libro Primero, Título IV del Código de Comercio, y la Ley 23.282, y reformó el Decreto 20266/73, sustituyendo los arts. 1 y 3 e incorporando los arts. 31 a 38. Estableció, sin embargo, que hasta tanto se implementasen las carreras universitarias para corredores y martilleros, la habilitación profesional se haría conforme las disposiciones legales del art. 88 del Código de Comercio y del artículo 1° de la Ley 20.266, que a tal efecto permanecieron vigentes por ese exclusivo lapso. También dispuso que a partir del establecimiento de los títulos universitarios y por única vez, se equipararan los corredores y martilleros que a la fecha ya se encontraran habilitados para el ejercicio de sus funciones, con los egresados universitarios. La Ley 25.028 entró en vigencia 60 días después de su publicación en el Boletín Oficial, el 29/12/99.<sup>7</sup>

Cabe decir por lo tanto que a partir de la sanción y reforma del Código Civil y Comercial en materia corretaje la legislación es la siguiente: 1) arts. 1345 a 1355 del Código Civil y Comercial, 2) Ley

---

<sup>6</sup> GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., El corretaje y la buena fe en su ejecución, LA LEY, 1994-C, 388

<sup>7</sup> ROUILLON, Adolfo; Cód. de Comercio Comentado, T° I, LL, p. 147, Ley 25.028, Ed. LL, agosto 2005)

Nº 20.266 con sus modificaciones en lo que comprende de los arts. 31 y 3; y los arts. 1 a 30 que regulan la actividad de los martilleros en lo que resulte aplicable al contrato de corretaje y no se encuentre modificado, 3) art. 77 de la Ley 24.441 de Financiamiento de Vivienda y Construcción y 4) normativa provincial del corretaje en general y determinadas aplicaciones en particular.

El Código Civil y Comercial ha receptado el contrato de corretaje en los arts. 1345 a 1355, que en líneas generales, sigue la regulación anterior. El artículo 1345 establece que: “Hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra, a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.” Como sostuvo la Comisión de Reforma en los fundamentos, hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.<sup>8</sup> El nuevo Código Civil y Comercial destaca además que en el corretaje no existe relación de dependencia laboral ni representación entre las partes. En ese aspecto no había duda alguna aun antes de la reforma.

## II. El contrato de corretaje y las personas jurídicas

El proyecto de la Comisión 685/95 permitía que el corretaje fuera llevado a cabo por las personas jurídicas. Al efecto en el art. 1269 in b) se establecía que “Si el comitente es una persona Pública, el contrato de corretaje debe ajustarse a las reglas de la contratación pertinentes. Pueden actuar como corredores personas humanas o jurídicas”

El art. 1346 del Código Civil y Comercial establece que: “El contrato de corretaje se entiende concluido, si el corredor está habili-

---

<sup>8</sup> PIEDECASAS, Miguel A., comentario al art. 1345 en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Tomo VII, LORENZETTI, Ricardo, (Director), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, P. 137.

tado para el ejercicio profesional del corretaje, por su intervención en el negocio, sin protesta expresa hecha saber al corredor contemporáneamente con el comienzo de su actuación o por la actuación de otro corredor por el otro comitente. Si el comitente es una persona de derecho público, el contrato de corretaje debe ajustarse a las reglas de contratación pertinentes. Pueden actuar como corretores personas humanas o jurídicas.”

El dato saliente y destacado de esta última norma es que tanto personas físicas como jurídicas pueden ejercer la actividad del corretaje, sean estas últimas públicas o privadas, sin distinciones de ninguna clase ni limitación alguna, lo cual equivale a decir que pueden ejercer el corretaje todas las personas jurídicas privadas detalladas en el art. 148 del CCC (sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, mutuales, cooperativas, etc.). Además, la norma prevé que para ejercer la actividad de corretaje, los corredores deben poseer título universitario habilitante a tales efectos e inscribirse en la respectiva matrícula de su jurisdicción, en concordancia con lo normado en los arts. 32 y 33 del Decreto Ley 20.266 (t.o. Ley N° 25.028) no derogado por la reforma.<sup>9</sup>

El mismo señala la posibilidad de que el corretaje sea realizado por personas físicas o jurídicas, situación que contempla el artículo 15 de la Ley N° 20.266 por remisión del artículo 31, pero debía de tratarse de una sociedad comercial constituida por corredores y con el objeto exclusivo de realizar actos de corretaje, y siempre y cuando se realice dicha actividad por intermedio de corredores matriculados, conforme lo establece el art. 16 de la legislación especial.<sup>10</sup>

Originariamente, el Proyecto del Código Civil y Comercial preveía la posibilidad de que un corredor no inscripto concluyera un contrato de corretaje mediante pacto expreso por escrito. Final-

---

<sup>9</sup> BILVAO ARANDA, Facundo Martín, El contrato de corretaje en el nuevo Código Civil y Comercial, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), Infojus, Id SAJ: DACF150862

<sup>10</sup> PIEDECASAS, Miguel A., comentario al art. 1346 en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado Tomo VII, LORENZETTI, Ricardo (Director), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 143.

mente, esa opción fue eliminada cuando se elevó a la Cámara de Senadores de la Nación.<sup>11</sup>

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial existían opiniones a favor y en contra respecto que las personas jurídicas podían actuar como corredoras. Por la afirmativa se sostuvo que: “Es admisible la legitimidad de las sociedades formadas por corredores, en el caso que estas sociedades limitaran su objeto a operaciones de corretaje y estuvieran formadas exclusivamente por corredores, actuando ellos como intermediarios promovidos, financiados o facilitados por la sociedad que integran, ya que la actividad del corredor es esencialmente personal” [12] y a su vez en sentido contrario se afirmaba que: “El art. 105. Inc. del Código de Comercio prohíbe a los corredores formar sociedad – de ninguna clase y denominación-; le impone una incapacidad de derecho para realizar tal acto. Veda también a las sociedades ejercer el corretaje, pues el objeto de la norma es que el ejercicio de la intermediación sea cumplido por una persona física que satisfaga los requisitos legales exigidos al corredor”[13]. A su vez la jurisprudencia prevaleciente elaborada durante la vigencia del art. 105 del Código de Comercio derogado, interpretaba que la prohibición que traía esta norma de “contraer sociedad de ninguna clase de denominación” no regía cuando los corredores constituían entre sí una sociedad dedicada exclusivamente al corretaje. Cabe decir, que a partir de la reforma de la Ley N° 25.028 se admitió el ejercicio de actos de co-

---

<sup>11</sup> RODRIGUEZ PERÍA, María Eugenia, comentario art. 1346 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (Directores) Tomo IV, INFOJUS, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015, p. 78.

<sup>12</sup> Conf. C. Nac. Com., Sala A febrero 19-1987- Sesto S.R.L. c Tourón Gudín, José A., La Ley, 1987- B, 563 –DJ, 987-470.

<sup>13</sup> FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, FERNANDEZ Madrid, Horacio, y CAUBET, Amanda Beatriz, Manual práctico de contratación comercial, Errepar, Buenos Aires, 1996, tomo I, p. 567.

rretaje por sociedades de los tipos previstos en la ley mercantil que estén constituidas por corredores.<sup>14</sup>

Parte de la doctrina entiende que la norma en cuanto refiere que pueden actuar como corredores las personas jurídicas la misma está haciendo alusión y admitiendo la constitución por los corredores de toda clase de personas jurídicas, ampliando de este modo lo establecido por los artículos 15 y 16 de la Ley N° 20.266.<sup>15</sup> Otra parte de la doctrina entiende que si bien la norma admite de un modo amplio la actuación de personas jurídicas como corredores, que a tenor de lo dispuesto en los art. 15, 16 y 31 de la Ley N° 20.266 para que resulte operativa la misma será necesaria la modificación de la ley especial (N° 20.2666 conforme art. 963 del Código Civil y Comercial)<sup>16</sup>

Al respecto cabe decir que la sala D de la Cámara Nacional de Comercio decidió que la validez o nulidad del contrato de corretaje se rige por la ley vigente al momento de la celebración del contrato.<sup>17</sup>

### *Reglamentación de la Provincia de Mendoza*

El artículo 1355 dispone que: “Las reglas de este Capítulo no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales”. Al efecto, en cuanto a la reglamentación local, en la provincia de Mendoza rige la Ley N° 3043 (B.O. 21/10/64) de Estatuto de

---

<sup>14</sup>AISEGA, María Valentina y GOMEZ LEO, Osvaldo R., comentario art. 1346 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, Tomo VI, ALTERINI, Jorge H. (Director) La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 828.

<sup>15</sup>ESPER, Mariano, Contrato de consignación en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (Directores) y Mariano Esper (Coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 202.

<sup>16</sup>AISEGA, María Valentina y GOMEZ LEO, Osvaldo R., comentario art. 1346 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético Tomo VI, ALTERINI, Jorge H. (Director) La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 829.

<sup>17</sup>CNCom, sala D, 5-11-2015, D.J., año XXXII, N°11, del 16-3-2016, p. 77; LL del 24-2-2016 p. 6.

Martilleros Públicos y Corredores de Comercio dispone en el título III en cuanto a las funciones de los corredores de comercio “son actividades propias del corredor de comercio, intervenir en todos los actos propios del correaje, promoviendo o ayudando la conclusión de los contratos relacionados con toda clase de bienes de tráfico lícito y toda otra actividad, propia de sus funciones, que no esté expresamente prohibida por el Código de Comercio”. Por su parte, las Leyes N° 7372, 8132 y 8137 efectúan precisiones en cuanto a la organización y gobierno en la Provincia de Mendoza. En particular, la Ley N° 7372 (BO 23/6/005) dispuso la creación del Colegio de Corredores Públicos Inmobiliarios, órgano al que le asignó, entre otras facultades, el gobierno, control y resolución sobre las solicitudes de inscripción en la matrícula, otorgamiento de carnet, organización de legajos individuales de los inscriptos, colaboración con los poderes públicos, promover cursos de especialización, vigilar el cumplimiento de la ley, etc. (art. 5 de la citada ley). En efecto, tiene a su cargo a nivel provincial la función de fiscalización y poder de policía de la matrícula.

Asimismo el artículo 9 de la Ley N° 7372 dispone además que: “El Colegio a través de sus autoridades y en la forma que determina la ley, verificará que el peticionante reúna los requisitos exigidos por la presente Ley y dictará una resolución incorporándolo al Colegio o en su caso denegando tal solicitud, en tal caso el peticionante quedará habilitado para interponer el recurso correspondiente.”

Al efecto el art. 12 bis de la Ley N° 7372 incorporado por Ley. N° 7.622 establece que: “Deberán matricularse en forma obligatoria para ejercer la profesión de corredor inmobiliario, todas aquellas personas físicas que exhiban carteles en la vía pública, publiciten de cualquier forma propiedades inmuebles de terceros, sea por la prensa escrita, oral o televisiva, publiquen en páginas web o dirección de mail, teléfonos, direcciones, y cualquier otra manifestación demostrativa del desempeño de corredor inmobiliario y/o comisionista. También deberán matricularse en el Colegio las personas físicas que realicen trámites administrativos por cuenta de terceros en forma habitual relacionados a inmuebles para venta, alquiler, comodato, ya sea en sede municipal, provincial o nacional. Las repar-

ticiones públicas y la Dirección General de Rentas deberán exigir a toda persona física que tramite la instalación de una oficina de alquiler o venta inmobiliaria, la previa acreditación de la condición de matriculado en el Colegio para dar trámite a su pedido. Las personas jurídicas que ejerzan la actividad, deberán designar obligatoriamente un matriculado responsable.”

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza manifestó al respecto que: “En la materia la determinación de los requisitos para el ejercicio de la actividad de los corredores es facultad atribuida al legislador nacional. En cambio, la organización y gobierno de la matrícula, así como la verificación de la capacidad para el desempeño del corredor en el medio local, son cuestiones que caen dentro de la esfera del poder de policía local... El corretaje es una actividad comercial reglamentada y atento a que tal regulación apunta principalmente a garantizar idoneidad, corrección y seguridad en las operaciones en que intervienen los corredores, por lo que la aplicación de esa normativa es de orden público.” (LS 463-117)

En igual sentido se ha dicho que: “Hay que distinguir netamente entre lo que es la facultad de legislar sobre los requisitos esenciales para ejercer como corredor –que corresponde al Congreso Nacional– y las atribuciones atinentes al mero gobierno de la matrícula, de menor rango por cierto, que sí son resorte de los poderes legislativos locales, en ejercicio del poder de policía provincial; una cosa es establecer los extremos de fondo para ser corredor, y otra verificar su concurrencia mediante los mecanismos o procedimientos que arbitre el legislador local.”<sup>18</sup>

Si bien la actividad se ejerce con un carácter personal e indelegable, la legislación provincial y el Colegio de Corredores Públicos Inmobiliarios de Mendoza contemplan la posibilidad que las sociedades comerciales que reúnan las condiciones pueda ser matriculada, lo que actualmente se lleva a cabo en la práctica. Entiendo que el legislador provincial ha previsto las particularidades del corretaje

---

<sup>18</sup> Cámara Tercera Civil y Comercial CC Córdoba, julio 24-992 – Del Prato Eduardo, LLC, 1993-662 publicado en Digesto Practico de Contratos Tomo III, La Ley, año 200, p. 658.

imponiendo que en cada sociedad que se inscriba se encuentre un matriculado responsable.

En un reciente fallo de la provincia de Santa Fe se resolvió que “El Código Civil y Comercial prescribe en su artículo 7° que las leyes ase aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...” por lo que serán inaplicables los artículos 36 a 38 de la ley N° 20.266 (derogados por el art. 3° inc. c de la ley 26.9994) y aplicables los artículos 1345/1355 de aquél. En esta inteligencia el artículo 1355 del Código Civil y Comercial dispone que “las reglas de este Código no obstan la aplicación de las disposiciones de las leyes y reglamentos especiales”, con lo cual deviene aplicable –en lo pertinente– la ley provincial 13.154 (corretaje inmobiliario)<sup>19</sup>.

### III. Conclusiones finales

Se puede observar que a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se ha incluido al contrato de corretaje como una figura típica en el derecho argentino.

A su vez ha quedado disipada a partir de la legislación la discusión respecto si las personas jurídicas pueden ejercer actos de corretaje. Si bien las mismas deben de cumplir tanto con la legislación de fondo como con la reglamentación provincial, surge a todas luces que la “prohibición” con la que contaban las mismas ha sido sin lugar a dudas suprimida. Ello es saludable y adaptado a la realidad por cuanto desde hace varios años que existen muchas sociedades que se dedican a realizar actos de corretaje.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial entiendo que los corredores podrán constituir sociedades de cualquiera de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades

---

<sup>19</sup> JDistr. CCom. 2° No. De Santa Fe, 27-8-2015, RC J 320/16 citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes segunda parte, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, p. 224.

con objeto de realizar exclusivamente actos de corretaje, sin la necesidad de modificar imperiosamente la ley especial. Al efecto el Código Civil y Comercial se adapta a la realidad de las transacciones y quienes las llevan a cabo, por lo que esperar una reforma legislativa sería un dispendio innecesario dado que la nueva normativa ya permite la posibilidad que las personas jurídicas puedan realizar actos de corretaje. Asimismo cabe resaltar que las personas jurídicas para poder realizar dichos actos deberán de cumplir con la legislación local que reglamente su ejercicio en cada jurisdicción, como así también si se tratara de una persona de derecho público deberá de ajustarse a las normas administrativas correspondientes.

Además considero muy favorable que la nueva redacción del Código de fondo contemple a la normativa local, permitiendo de esta manera la aplicación de las legislaciones provinciales. Por lo que le otorga gran importancia a la misma, la que puede variar según la realidad de cada provincia y demuestra en este punto particular el carácter federal que tiene el nuevo Código Civil y Comercial.

## **Criminología y política criminal: bases para elaborar propuestas preventivas frente al delito**

DR. PABLO GUIDO PEÑASCO[1]

---

<sup>1</sup> Juez 2do Juzgado Instrucción, San Rafael (Mza). Abogado UM. Profesor Derecho Penal Parte General UCh. Profesor Derecho Procesal Penal UCh. Docente de Diplomaturas Ciencias Penales U.D.A. y UCh. Mgter en Criminología. Posgrado Economía y Derecho Públicos, en Derecho Procesal Penal, en Derecho Penal Juvenil UNCuyo. Diplomado en Criminología UDA y en Ciencias Penales UCh. Doctorando en Derecho y Ciencias Jurídicas UM. Miembro Integrante y Secretario Sede San Rafael (Mza) Instituto Cuyano de Ciencias Jurídicas, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.



## Introducción

A partir de los últimos años de la década del 90 en la República Argentina comenzó a incrementarse la cifra del delito cuyo aumento repercutió de manera importante en la conciencia colectiva y en los medios masivos de comunicación social, que diariamente tratan casos y noticias relacionadas con hechos criminales, investigaciones policiales, judiciales y periodísticas; hablan de medidas que se ordenan para dar con elementos probatorios y con los presuntos autores de los sucesos delictivos; y especial atención ponen los comunicadores en la coerción personal que los organismos jurisdiccionales adopten con los sujetos involucrados. El problema del crecimiento que tuvo el índice delictivo desde hace veinte años aproximadamente, fue importante y causó alarma y preocupación en la mayoría de los habitantes, debido a la repercusión en los medios de comunicación y su constante información, al mismo tiempo que de alguna manera condicionó a muchos habitantes de nuestro país a cambiar ciertas costumbres de vida, como por ejemplo, modificación y construcción de viviendas con mayores defensas para evitar robos y hurtos; instalación de alarmas en vehículos automotores e inmuebles; contratación de empresas privadas de seguridad, no concurrir a lugares donde su integridad física y propiedad podía correr riesgos, desarrollo y construcción de Barrios Privados; en fin, la sensación de inseguridad fue creciendo acompañado del cambio de algunas medidas de protección de la propiedad y de otros derechos fundamentales; a la par que también se incrementaron los reclamos generales efectuados a los distintos poderes del estado, para que adoptaran medidas tendientes a reducir o terminar con la delincuencia.

La inseguridad pasó a ser otro de los problemas públicos; en algunas regiones y municipios uno de los principales motivos del reclamo popular, que ha sido objeto de atención en mayor o menor medida por muchos de los gobiernos (provinciales y nacional) de nuestro país y que hasta ahora, aún persiste la sensación que sus dirigentes no han podido gestionar con resultados satisfactorios para la comunidad.

Es frecuente observar por televisión, la reacción popular encabezada por familiares y amigos de víctimas, ante homicidios de personas de bien, que sufrieron un robo cometido por delincuentes armados y ante la mínima resistencia, le causaron la muerte; o cuando niñas, niños o adolescentes fueron abusados sexualmente por quienes se aprovecharon de la condición que tenían las víctimas para consumir estos repudiados hechos. La indignación y otros sentimientos propios de la situación desesperante de ofendidos y damnificados, concluyó por lo general, en pedidos de “justicia” y “seguridad”, mensaje que se traduce popularmente como pedido de aplicación de severos castigos para los delincuentes. Muchos de los reclamantes solicitaron la vigencia de la pena de muerte para los responsables, otros, imposición de fuertes condenas a prisión o reclusión por largo tiempo y en general, se percibe un reclamo popular de pronta investigación, esclarecimiento del crimen e imposición de sanciones graves para los autores.

Ante la necesidad de dar una respuesta estatal que demuestre eficacia, no caben dudas que los funcionarios policiales, públicos y magistrados, deben proceder inmediatamente para procurar el esclarecimiento del hecho, evitar que los delitos cometidos tengan consecuencias ulteriores, identificar a los responsables, sujetarlos al respectivo proceso penal y cumplimentar todas aquellas medidas que la legislación adjetiva y sustancial establece. Por lo general, cuando dichas tareas se llevan a cabo con responsabilidad y seriedad, los resultados esperados se alcanzan y las acciones emprendidas permiten una aproximación a la verdad objetiva del suceso, por medio del juicio “oral, público, contradictorio y continuo”, desarrollado sobre la base de un sistema acusatorio y con el debido resguardo de los derechos y garantías de los sujetos involucrados (especialmente de imputados, defensor, víctimas u ofendidos y Ministerio Público Fiscal).

Ahora bien: si se logra una respuesta jurisdiccional efectiva frente al hecho delictivo, caben algunos interrogantes: 1.- ¿Se resuelve realmente el problema criminal, con el esclarecimiento del hecho y la sanción a los responsables?, ¿es posible erradicar el delito en el país con solo someter a juicio y condenar a los delincuentes de hechos graves?

- 2.- Con respuestas efectivas luego de la consumación del crimen, ¿se previene la comisión de más delitos?
- 3.- ¿Se disminuirá la cantidad de hechos?
- 4.- ¿Se contendrá o limitará el crecimiento o en su caso, disminuirá el abultado número de sucesos criminosos?
- 5.- ¿Qué será más conveniente, actuar sobre los efectos frente al hecho delictivo consumado o determinar sus causas y procurar evitarlas, o deben tomarse medidas frente las dos situaciones?
- 6.- ¿Solucionan el problema de la cuestión criminal, las modificaciones legislativas, especialmente del Código Penal, legislando y creando nuevos delitos y penas más severas?
- 7.- ¿Han dado resultados favorables, las políticas popularmente conocidas de “tolerancia cero”, “plomo al hampa”, “más policías, más fiscales y más cárceles”, y otras que pusieron mayor énfasis en actuar sobre los hechos consumados?
- 8.- ¿Qué rol tiene el derecho penal y procesal penal frente a este panorama?
- 9.- ¿Cuál es la ciencia o en su caso, cuál es la disciplina que se ocupa, que pueda facilitar las herramientas para el abordaje más adecuado?
- 10.- ¿Qué aporta la Criminología sobre el particular y qué medidas de Política Criminal será prudente considerar?

Estos son algunos de los interrogantes cuyas respuestas serán evaluadas en este pequeño estudio. Sin embargo se entiende que la temática es más que extensa y requiere un análisis mayor al del presente trabajo, por lo que conviene dejar constancia de esta advertencia, dado que “el problema criminal” es un tema tan interesante y complejo, que merece un tratamiento mucho más profundo.

Se ha de buscar a través de estas líneas, arribar a algunas ideas claras y concretas, para tener las bases de acción cuando se plantea cotidianamente en todos los ámbitos de la vida social, el problema criminal.

## I. Criminología - Concepto

Frente a los distintos interrogantes presentados en la introducción, uno de los más importantes que ha sido objeto de respuestas en diversos sentidos es: ¿Qué se puede y se debe hacer frente al problema del delito y de la inseguridad?; otro: ¿Cuáles son las medidas más convenientes?

Estas preguntas se formulan porque hasta el momento, no solo en la República Argentina sino en todo el mundo, no se han encontrado soluciones que permitieran “pulverizar” el índice delictivo, aunque debe admitirse que muchos programas razonablemente elaborados, según las circunstancias de tiempo, lugar, condiciones y características de las zonas geográficas donde fueron aplicados, lograron disminuir el número de ilícitos penales. A modo de ejemplo, recientes publicaciones periodísticas hablan que en Suecia y Holanda existen cárceles vacías<sup>2</sup>. Se informó que el gobierno de Suecia decidió clausurar cuatro prisiones y un centro de rehabilitación y se atribuyó el fenómeno a que “...el foco puesto en la rehabilitación de los criminales es parte de la exitosa política carcelaria en Suecia”. El Jefe de Servicios Penitenciarios entrevistado sostuvo que los esfuerzos invertidos en la rehabilitación y en la prevención del crimen han tenido un impacto, aunque no le asignaba por completo a estos factores, la causa de la baja. Por otra parte se sostuvo que la caída del número de presidiarios se puede atribuir a un reciente cambio en la política de sanciones, con probables en lugar de penas por delitos de robo menores<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> [www.infobae.com/2013/11/lunes-11-de-noviembre-del-2013-por-falta-de-presos-suecia-cierra-sus-carceles/](http://www.infobae.com/2013/11/lunes-11-de-noviembre-del-2013-por-falta-de-presos-suecia-cierra-sus-carceles/)

<sup>3</sup> Ídem: entrevista parcial a Hanns von Hofer, prof. de Criminología de la Universidad de Estocolmo.

También se hace notar la vigencia de quienes sostienen la aplicación de “mano dura” o de necesidad de acción inmediata del estado y de quienes estén autorizados para intervenir, frente a la comisión de un delito y para adoptar urgentes medidas de represión. Es decir, consideran que la cuestión criminal se resuelve actuando sobre los efectos del delito y no sobre sus causas; investigando eficientemente y sancionando al responsable. No caben dudas que es necesario mejorar permanentemente los métodos y la eficacia de la investigación criminal y cuantas medidas sean necesarias para desarrollar un juicio justo, para aplicar las sanciones que correspondan a los autores, cómplices e instigadores de acciones típicas, antijurídicas y culpables, pero como dice el antiguo refrán, “más vale prevenir que curar”, porque, mejor será evitar un homicidio que luego lamentarse junto a los familiares de la víctima. Acaso la sentencia que le impuso al homicida la pena de prisión perpetua, ¿le devuelve la vida a la persona fallecida? Es cierto que la punibilidad implica una clara respuesta en defensa de la paz social que parcialmente reestablece, sin embargo en el caso de atentados contra la vida, la salud e integridad física, contra la integridad sexual, contra la libertad, por mencionar algunos bienes jurídicos afectados, la sanción y represión del culpable no devuelve ni retrotrae el estado de personas y bienes al momento anterior a la comisión del delito. Para conseguir y mantener la armonía social es necesario en primer lugar aplicar medidas en las que están involucradas distintas áreas del estado (nacional, provincial y municipal), y la comunidad toda, tendientes a prevenir o atacar las causas del delito y ante el caso que sea cometido, procurar la individualización del o los responsables y aplicarles la sanción correspondiente, todo ello con respeto de derechos y garantías constitucionales vigentes. Pero también serán imprescindibles otras medidas como la reparación y contención de víctimas (tanto en lo material como en el plano moral y psicológico), la aplicación de los tratamientos y medidas para el condenado, con la finalidad de procurar que la pena impuesta sea cumplida no solo con fines de castigo, sino para la reflexión y el cambio del delincuente, para que tome conciencia de lo que hizo, sus efectos, consecuencias, daños y perjuicios causados, repercusión del delito en su familia,

vecindario, comunidad, en su propia persona y para su futuro; que incorpore hábitos de vida distintos a los que estaba acostumbrado (trabajo u ocupación, protección de su familia), que adopte valores morales y virtudes que le permitan desenvolverse como una persona ciudadana, que viva en la sociedad civil según la ley, respetando derechos de terceros y haciendo respetar los suyos. Se destaca también que, en algunos casos donde el condenado tenga ciertas características de personalidad antisocial, será más difícil lograr estos objetivos, por lo que deberán evaluarse otras medidas según la situación particular. Existen casos graves de delincuentes que padecen serios trastornos de personalidad que dificultan su rehabilitación, para los cuales el logro de los fines penales de prevención especial positiva mediante la resocialización, es más difícil de lograr. En este caso no deberá olvidarse que según nuestro sistema penal, el fin de la pena es la readaptación social del condenado, toda pena es una retribución o sanción frente al bien jurídico lesionado.

Para dar más claridad al tema prevención y sanción del delito, se ha sostenido que “Más allá de las diferencias ideológicas, puede observarse la visión de las dos posiciones mencionadas precedentemente, es decir, la política de la acción, contra la política de la prevención. La discusión entre el problema de los efectos versus las causas. Y la importancia que en todo esto tiene la función de los medios masivos de comunicación que, como luego veremos, habrá que sumar la de la opinión pública en general en la distorsión de la realidad. Aquí pueden verse las dos posturas: por un lado, la práctica que generalmente pone en movimiento la política criminal estatal, haciendo uso de la criminalización (en la mayoría de los casos) sin que se realice un estudio profundo de las causas que originan la “cuestión criminal”, y por el otro, la posición menos utilizada, que prefiere optar por mecanismos de prevención”<sup>4</sup>

Para considerar algunos de los temas mencionados, será conveniente precisar los conceptos de criminología, política criminal,

---

<sup>4</sup>Letner, Gustavo Adolfo: Lineamientos para una política criminal del siglo XXI, Buenos Aires, abril del 2006, p. 21, Unidos por la Justicia Asociación Civil.

su relación con el derecho penal, con el delito, y otras nociones que permitan tratar la temática con más aproximación. Desde el punto de vista tradicional, se ha sostenido que la criminología es una ciencia que pretende explicar las causas del delito como obra de un autor determinado. En la misma dirección (siempre desde una perspectiva tradicional), se indicó que la Criminología se integra con la Antropología Criminal y con la Sociología Criminal, la primera entendida como el estudio del delincuente en su individualidad. La segunda es el estudio de la delincuencia como fenómeno social<sup>5</sup>. Cabe agregar que complementan las investigaciones de la criminología, la biología criminal y la psicología criminal.

“La Criminología no representa, en sí misma, una ciencia autónoma, porque los múltiples aspectos del delito que deberá estudiar como ciencia de la criminalidad” (Garófalo) “o ciencia del delito” (Ingenieros), no permiten un método único de investigación, necesario, a la par de la unidad del objeto (delito), para que una disciplina constituya una ciencia. La Criminología, como disciplina auxiliar del derecho penal, tiene un múltiple contenido científico. Por el conocimiento del crimen o delito como fenómeno natural, que constituye el objeto de la criminología, esta cuenta con el aporte de las ciencias criminológicas y de las respectivas disciplinas o ciencias auxiliares de ellas, a saber: por un lado la antropología criminal, que se ocupa del delito como manifestación somática o psicológica individual; y, por otro lado, la sociología criminal, que tiene por objeto el delito como fenómeno social”<sup>6</sup> (el resaltado le corresponde al autor de este trabajo).

Si bien más adelante se tratará la relación entre derecho penal, delito y criminología, valga adelantar que “La investigación, sistematización y exposición de la criminalidad, y de los instrumentos que utiliza el estado para contrarrestarla, no solo concierne al derecho penal, cuyo objeto de conocimiento está acotado al estudio

---

<sup>5</sup> Chiara Díaz, Carlos Alberto y Otros: Derecho Penal – Parte General, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, páginas 42/43.-

<sup>6</sup> Núñez, Ricardo C.: Manual de Derecho Penal – Parte General – Lerner Editora S.R.L., Córdoba 2009, página 21 y 22.-

del delito y sus consecuencias jurídicas, como fenómenos regulados en normas que hay que interpretar y aplicar”, de donde surge claramente la proyección, aplicación e influencia que tiene la Criminología en el ámbito social y de la comunidad, además que en el plano individual, que aborda la problemática criminal de manera interdisciplinaria.

“En forma paralela al aspecto normativo que ofrece el derecho penal, la criminalidad es también objeto de estudio de la criminología, ciencia empírica que utiliza los medios de las ciencias sociales, caracterizada por su naturaleza interdisciplinaria. La criminología ha sido definida como el conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor de las normas punibles, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento”.

“Tradicionalmente, la ciencia del derecho penal o dogmática jurídica se ha ocupado del desarrollo, interpretación y aplicación de las normas penales para la solución de casos concretos. Su finalidad práctica está orientada al establecimiento de reglas generales y abstractas, para resolver los casos que deben juzgar los tribunales, por lo que su método principal ha sido la deducción sistemática.”

Por su parte, el objeto de conocimiento de la criminología es diverso para quienes han desarrollado teorías de la criminalidad (criminología clásica) o de la criminalización (criminología crítica).<sup>7</sup>

En atención a las nociones indicadas, la criminología se presenta como una ciencia que desempeña un rol de fundamental importancia, cuyo conocimiento resultará de gran utilidad para todos aquellos actores u operadores del sistema penal, sea desde el plano jurídico normativo (Abogados, Fiscales, Jueces, Asesores de Menores e Incapaces, Asesores de Familia, Abogados Querellantes Oficiales y particulares entre otros), sea desde el conjunto de disciplinas que tienen vinculación directa e indirecta, como los funcionarios públicos encargados de planificar y aplicar medidas, programas, proyectos, planes de acción u operativos, y cuantas acciones tengan relación con

---

<sup>7</sup> Righi, Esteban: Derecho Penal Parte General, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, pags. 12 y 13.-

el sector social que lo necesite, de una comunidad determinada. Asimismo, los postulados de la criminología serán de importante provecho para Docentes, Asistentes Sociales, Licenciados en Acción Social, Psicólogos, Médicos Psiquiatras, Profesionales Médicos con otras especialidades cuyo despliegue profesional y de acción tenga que ver con los comportamientos antisociales, su estudios y análisis, prevención y tratamiento; para los profesionales de la salud física y mental; para el personal de las Fuerzas de Seguridad (Policías Federal, Provinciales, Personal Penitenciario, Gendarmería Nacional), e incluso para todas aquellas personas que cumplan una función pública o comunitaria, ya sea dentro del estado (nacional, provincial o municipal), en organizaciones no gubernamentales, entidades intermedias o asociaciones sin fines de lucro, cuyos objetivos y actividades, tengan relación con la materia.

## II. Criminología Crítica

Sin embargo, en los últimos años, la Criminología viene atravesando una transformación a partir de las nuevas ideas propuestas por los representantes de la llamada Criminología Crítica, o también denominada Nueva Criminología, que “ha abandonado el punto de partida causal explicativo y ha puesto en el centro de su atención la reacción social y jurídico penal contra el hecho. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por lo tanto, el comportamiento del autor, sino, el de los órganos de control social. Sus teorías no son teorías de la criminalidad sino de la criminalización.”-<sup>8</sup>

“Podría decirse –de una manera muy superficial– que la criminología crítica es la corriente que da al traste con toda la criminología tradicional, que se caracterizaba por un enfoque netamente positivista, dependiente de las categorías dadas por el derecho penal, para obtener su objeto de estudio. Abandona las concepcio-

---

<sup>8</sup> Bacigalupo, Enrique: Derecho Penal, Parte General – Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, página 74.-

nes legalistas, biologicistas y funcionalistas (protectoras del orden establecido), que consideran al delincuente como un individuo distinto al resto de la sociedad y se concentra en el estudio de los procesos de definición del delito y del delincuente, de la delincuencia no convencional (delitos de cuello blanco o criminalidad de los poderosos) y de la violencia legal-institucional. La criminología crítica se rebela, no solamente contra la criminología existente y el derecho penal (derecho desigual por excelencia), sino contra todo el orden establecido. Esta nueva corriente ataca esencialmente al poder, dedicándose al estudio de temas que giran en torno al Estado, el control social (con énfasis en el sistema penal), y la búsqueda de la emancipación del ser humano. “Hizo de la sociedad y de sus males un análisis más profundo y totalizador, e incluyó lo valorativo y el compromiso con la justicia social como una tarea necesaria de la criminología.” Con ella se pasa de una “ciencia neutral respecto a los valores y a las elecciones prácticas, a una ciencia social comprometida en la transformación del propio objeto.”<sup>9</sup>

La Criminología Crítica propone un cambio de enfoque, otro punto de vista respecto de los conceptos anteriores y tradicionales en cuanto al estudio del autor de un delito y las causas de las conductas antisociales, por los que llamó PROCESOS DE CRIMINALIZACIÓN; concretamente se reprochó a la criminología clásica porque admitía sin críticas, que todo autor de un hecho penalmente típico fuera considerado una persona antisocial. También cuestionaba que el fenómeno de la delincuencia fuera considerado como un mero dato de la realidad con independencia de la situación y relación social del sujeto y también aislado del derecho penal. Por esto, entre otras causas, las corrientes críticas criminológicas, formularon la propuesta de considerar como uno de los principales objetos de estudio, a los mecanismos de control social que criminalizaban un comportamiento y que lo consideraban desviado. “De acuerdo con este punto de vista, la investigación empírica demos-

---

<sup>9</sup> Keymer Avila: Estudio de la Participación Comunitaria o Ciudadana como modalidad de una Política Criminal Preventiva – Derecho Penal online.com.-

traría: A) la inexistencia real del principio de igualdad ante la ley, B) que los bienes jurídicos protegidos son de interés solo sectorial, y C) que la pena está fundamentalmente destinada a criminalizar las formas típicas de desviación de los estratos sociales menos favorecidos” .-<sup>10</sup>

### III. Relación entre Criminología, Derecho Penal y Delito

Muy conocida en el ámbito universitario tradicional de nuestro país es la definición del Dr. Ricardo C. Núñez sobre el derecho penal como la rama del ordenamiento jurídico que regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Se aclaró además, que la potestad del estado no se limitaba a la imposición de penas, sino también a la aplicación de medidas de seguridad “como consecuencia preventiva de la comisión de un hecho ilícito tipificado penalmente, fundada en la peligrosidad del autor, aplicable en reemplazo de la pena”. También conviene destacar que el derecho penal tiene varias acepciones, entre las más conocidas encontramos “a) como ciencia o dogmática jurídico penal, es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y de las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal; b) como derecho penal en sentido subjetivo (ius puniendi o potestad punitiva) alude a la facultad estatal de castigar; c) como derecho penal en sentido objetivo, está constituido por las normas del derecho positivo que regulan aquella potestad punitiva para proteger la convivencia humana en comunidad, distinguiéndose de las demás ramas del derecho por las especiales y más enérgicas consecuencias jurídicas imponibles a los comportamientos socialmente más insoportables”<sup>11</sup>

Retomando las definiciones, el Dr. Soler dijo que el Derecho Penal es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas

---

<sup>10</sup> Righi, Esteban: obra citada pág. 14.

<sup>11</sup> Lascano, Carlos J. (h): Derecho Penal, Parte General, Ed. Advocatus, Córdoba 2005, pág. 14.-

dotadas de sanción retributiva.<sup>12</sup> Por su parte “La condición de la Criminología de ser auxiliar del derecho penal, no implica que solo deba ocuparse de los hechos que este considere como delitos. La idea de que el objeto de conocimiento de las ciencias criminológicas está delimitado por la previa valoración jurídica, porque el delito es, ante todo, un concepto jurídico (Exner), olvida que el auxilio de la criminología al derecho penal no se traduce en valoraciones y calificaciones de los fenómenos individuales y sociales, así sea como delitos naturales, sino en su determinación causal, descriptiva y funcional, quedando a cargo del legislador penal su valoración político criminal.”

“El auxilio de la criminología al derecho penal se manifiesta, así, por una parte, en el conocimiento, a los efectos de su apreciación normativa por el legislador, de realidades operantes en el ámbito de los intereses de una sociedad; y, por otra parte, en la cooperación para el conocimiento de las realidades ya captadas por las normas represivas, es secundario que, en razón del primer tipo de auxilio, se pueda discutir el carácter criminal de la ciencia que lo proporciona.”<sup>13</sup>

“El crimen no es un tumor ni una epidemia, sino un doloroso problema interpersonal y comunitario. Una realidad próxima, cotidiana, casi doméstica: un problema “de” la comunidad, que nace “en” la comunidad y ha de resolverse “por” esta. Un problema social, en definitiva, con todo lo que tal caracterización implica en orden a su diagnóstico y tratamiento”.

“La Criminología Clásica contempló el delito como enfrentamiento formal, simbólico y directo de dos rivales –el estado y el infractor– que luchan entre sí en solitario, como luchan el bien y el mal, la luz y las tinieblas; pugna, duelo, claro está sin otro final imaginable que el incondicionado sometimiento del vecindario a la fuerza victoriosa del derecho. En dicho modelo criminológico, por ello, la pretensión punitiva del estado, esto es el castigo del culpable,

---

<sup>12</sup> Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, 5ta. Edición actualizada por Guillermo J. Fierro, ed. Tea, Buenos Aires, 1987, p. 3 del t. 1.

<sup>13</sup> Núñez, Ricardo C., ob. Cit. P. 22.-

polariza y agota la respuesta al suceso delictivo, prevaleciendo la faz patológica de este sobre su profundo entramado problemático y conflictual. La reparación del daño ocasionado a la víctima... no interesa, no se plantea como exigencia social; como tampoco preocupa la efectiva resocialización del infractor... Ni siquiera cabe hablar en este modelo criminológico y político criminal de prevención del delito, strictu sensu, de prevención social, sino de disuasión penal.”

“La Moderna Criminología, por el contrario, participa de una imagen más compleja del suceso delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo, (delincuente, víctima, comunidad)... En este modelo teórico, el castigo del infractor no agota las expectativas que el suceso delictivo desencadena. Resocializar al delincuente, reparar el daño y prevenir el crimen son objetivos de primera magnitud. Sin dudas, este es el enfoque científicamente más satisfactorio y el más acorde con las exigencias de un estado social y democrático de Derecho.”<sup>14</sup> Claro que los conceptos del autor citado son razonables y ciertos, aunque no puede desconocerse que, debido al avance de la cantidad de delitos en un determinado país, el estado correspondiente deberá tomar medidas inmediatas para resguardar la paz y seguridad de sus habitantes, con las medidas de prevención y sanción que correspondan dentro de la celeridad que la protección de derechos lo exija.

Expuesta la evidente vinculación entre Derecho Penal y Criminología, deben arbitrarse los medios para lograr la mayor aproximación posible entre ambas ciencias, de manera que cada uno proponga principios cuya operatividad o realización se podrá implementar por medio de derecho procesal penal u otras ciencias (política criminal, programas especiales criminológicos). Así, con plena razón se ha sostenido que a) un derecho penal que prescindiera de la criminología es ciego, y b) la criminología sin derecho penal es inútil.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Antonio García – Pablos de Molina: Tratado de Criminología, t. II, p. 583/584, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, -República Argentina.-

<sup>15</sup> Zipf: Introducción a la Política Criminal, Madrid 1979, págs. 4 y ss., citado por Esteban Righi en op cit., p. 15.-

Gran sabiduría y certeza aporta esta frase de Zipf, porque todo aquel que procure aplicar o hacer aplicar la letra de la ley penal, sin considerar no solo la situación personal del autor del hecho, las causas del delito en el ámbito individual y social, así como los procesos de criminalización, es decir mecanismos de etiquetamiento del delito; es posible que arribe a conclusiones o adopte decisiones injustas en el caso concreto ya sea por exceso de punibilidad o por defecto. En el camino señalado se ha sostenido que la criminología debe proporcionar al derecho penal el material empírico pertinente, ofreciendo los conocimientos necesarios para que las proposiciones jurídicas se ajusten a la realidad. “La articulación de este proceso de recíproca retroalimentación es la función de la política criminal. Criminología, Dogmática del Derecho Penal y Política Criminal cumplen cometidos independientes pero requieren de unidad funcional”<sup>16</sup>

#### **IV. Política criminal y delito: distinción entre causas y efectos – Conceptos de Prevención, disuasión y obstaculización**

4.1.- Si de política criminal se trata, importante será tener en claro algunos conceptos, para ingresar en la temática elegida con mayor precisión técnica. En ese orden se ha sostenido que “el material que las ciencias criminológicas le proporcionan para su estudio al legislador penal, resulta mejor aprovechado mediante el auxilio de la política criminal... su tarea ha sido concebida de manera diferente, no se mueve en el campo de la prevención del delito, propio de la política social, ni en el de su descubrimiento, que corresponde a la criminalística, utilizada en especial por la investigación policial”. A pesar de esta definición, que remite lo relacionado a la prevención del delito a la política social, más adelante será tratado este punto de vista con respecto a otros autores que sostienen la existencia de la política criminal preventiva, cuya función es la de ocuparse del problema criminal desde sus causas para la implementación de ac-

---

<sup>16</sup> Righi, Esteban: ob cit p. 15.-

ciones de prevención, además del resto de las medidas propias de esta disciplina según la concepción tradicional.

“La Política criminal tiene por finalidad adecuar la legislación penal a las necesidades de la 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 lo rigen, así como el mejoramiento del procedimiento penal y de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad y corrección. A esos efectos, la política criminal, haciendo un examen crítico de la legislación vigente, aprovecha para mejorarla, los datos de la criminología y de todos aquellos aportes que, como los de la jurisprudencia y doctrina penales, de la experiencia carcelaria, de la política social, de la técnica legislativa, etc., considera útiles para cumplir su misión”<sup>17</sup>.

Si bien, como se ha señalado con esta definición, la prevención del delito no es objeto exclusivo de esta disciplina, por otro lado se ha enunciado también la existencia de una política criminal preventiva aportado por al O.N.U., es decir considerada como el conjunto de decisiones adoptadas por los organismos públicos involucrados, tendientes a combatir las causas del delito, más que sus efectos; aunque esta noción puede confundirse con medidas propias de la Política Social, según la enunciación del Dr. Núñez, desde un punto de vista clásico. En la dirección señalada, se han tratado y considerado las medidas relacionadas con la prevención del delito en busca de las más eficaces acciones de política social.

El Dr. Binder la ha definido como “el conjunto de los métodos por medio de los cuáles el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”, haciendo referencia al concepto dado por Delmas-Marty, que tiene muchos años de antigüedad, pero que goza de total vigencia, por cuanto abarca no solo acciones frente al delito ya cometido, sino también porque habla de métodos del cuerpo social, frente al fenómeno delictivo. La Política Criminal utiliza muchos instrumentos que hay que saber detectar[18]. Así se citan

---

<sup>17</sup> Núñez, Ricardo C., obra citada p. 22/23.-

<sup>18</sup> Binder, Alberto: Política Criminal, de la Formulación a la Praxis, Buenos Aires, Ed. Ad – Hoc, págs. 31 y 32.-

planes policiales de seguridad, planes de control de armas; en el poder judicial, acciones referentes a su organización, por parte del poder legislativo la inclusión en el código penal de ciertos delitos, por parte del poder ejecutivo, medidas relacionadas con obras, como instalación de alumbrado público en lugares donde frecuentemente se cometan o pueden cometerse contravenciones y delitos.

Conforme lo sostiene el Dr. Binder, si se adopta como válida esta definición que comprende a la política criminal como “un conjunto de métodos”, estos no deben limitarse a planes de acción cuando el delito fue consumado sino a sus causas, al mismo tiempo que dichas tareas no pueden quedar solo en cabeza del estado, sino de toda la comunidad, a pesar de la definición clásica que remite a la respuesta del estado frente al fenómeno criminal. Pero aun así entendida, el estado no tiene la obligación de restringir sus facultades mediante la legislación únicamente como respuesta frente al delito, toda vez que la reacción de este ante el problema criminal puede ser para evitarlo como para sancionarlo, de prevención y de investigación, juicio, verdad y castigo, e incluso, considerando la situación de los afectados por el delito y el tratamiento penitenciario que se le impondrá al responsable que fuera sancionado con pena privativa de libertad, o evaluando la aplicación de otras alternativas punibles o no, según sea más justo y prudente cada caso.

4.2.- Prevención del delito: para destacar por su aspecto relacionado con la tercera vía del derecho penal, citamos la definición de prevención del delito de Van Dijk: “...todas las políticas, medidas y técnicas, fuera de los límites del sistema de justicia penal, dirigidas a la reducción de las diversas clases de daños producidos por actos definidos como delitos por el estado” (1990, p. 205), aunque entiendo que esta noción debe ser completada con las anteriores.

La verdadera prevención del delito consiste en la implementación de acciones y/o medidas tendientes a reducir o eliminar sus causas; sin embargo, esta concepción ha sido identificada con otras ideas relacionadas. “...un sector doctrinal identifica la prevención con el mero efecto disuasorio de la pena. Prevenir equivale a disuadir al infractor potencial con la amenaza del castigo, contramoti-

varle. La prevención, en consecuencia, se concibe como prevención criminal (eficacia preventiva de la pena) y opera en el proceso motivacional del infractor (disuasión).”

“Pero otros autores entienden también por prevención al efecto disuasorio mediato, indirecto, perseguido a través de instrumentos no penales, que alteran el escenario criminal modificando alguno de los factores o elementos del mismo (espacio físico, diseño arquitectónico y urbanístico, actitudes de las víctimas, efectividad y rendimiento del sistema legal, etc.) Se pretende así poner trabas y obstáculos de todo tipo al autor en el proceso de ejecución del plan criminal mediante una intervención selectiva en el escenario del crimen que encarece, sin duda, los costes de éste para el infractor (v.gr. incremento del riesgo, disminución de beneficios, etc.), con el consiguiente efecto inhibitorio”.

“En sentido estricto, sin embargo, prevenir el delito es algo más –y también algo distinto– que dificultar su comisión o que disuadir al infractor potencial con la amenaza del castigo. Desde el punto de visto etiológico, el concepto de prevención no puede desligarse de la génesis del fenómeno criminal. Reclama, pues, una intervención dinámica y positiva que neutralice sus raíces, sus causas. La mera disuasión deja a estas intactas. De otra parte, la prevención debe contemplarse, ante todo, como prevención social, esto es, como movilización de todos los efectivos comunitarios para abordar solidariamente un problema social. La prevención del crimen no interesa exclusivamente a los poderes públicos, al sistema legal, sino a todos, a la comunidad, pues el crimen no es un cuerpo extraño, ajeno a la sociedad, sino un problema comunitario más. Por ello, también conviene distinguir el concepto criminológico de prevención –concepto exigente y pluridimensional–, del objetivo genérico, poco exitoso, por cierto, implícitamente asociado al concepto jurídico penal de prevención especial: evitar la reincidencia del penado. Pues este último implica una intervención tardía en el problema criminal (déficit etiológico) acusa un marcado sesgo individualista e ideológico en la selección de sus destinatarios y en el diseño de los correspondientes programas (déficit social), y concede un protagonismo desmedido a las instancias oficiales del sistema legal en el liderazgo de

aquéllos (déficit comunitario)”<sup>19</sup> En consecuencia, es necesario dejar en claro que prevenir el delito no es lo mismo que disuadirlo ni que obstaculizarlo. Desde el punto de vista que se comenta, prevenir el delito es disponer de las medidas necesarias para evitar sus causas, lograr u obtener la aplicación de remedios sociales e individuales para que la mayoría de los ciudadanos estén dispuestos (con pleno convencimiento y libertad), al cumplimiento de la ley y al respeto de los derechos; procurar una formación, educación e instrucción a las personas físicas como sujetos de derechos e integrantes de la nación, para que no delincan, al mismo tiempo que adoptar y ejecutar acciones estatales para el logro de estos fines y el sostenimiento de una política social con efectos preventivos del crimen.

4.3.- Disuadir el delito puede consistir en el conjunto de acciones del estado y de particulares para que el autor que se dispone a cometerlo, que comienza su ejecución o que lleva a cabo actos preparatorios en su intelecto sin consumir actos exteriores que lo manifiesten, cambie su decisión, ya sea en forma definitiva o temporaria, porque advierte la existencia de posibilidad de ser sorprendido o aprehendido. Como ejemplos de medidas de disuasión del delito, pueden citarse el incremento de presencia policial en determinados lugares, la existencia de vigilantes privados o personal de seguridad privada en barrios e inmuebles determinados; la instalación de dispositivos mecánicos de vigilancia, como cámaras de seguridad en la vía pública y lugares de acceso público, la instalación de alarmas privadas o comunitarias, la vigilancia aérea por drones, los patrullajes o circulación de movi- lidades policiales periódicas, discontinuos y permanentes, la presencia policial o de personal de seguridad en distintos lugares, etc.

4.4.- Obstaculizar el delito es implementar medidas públicas y también privadas de defensa contra el crimen para evitarlo, poniendo inconvenientes al autor para su ejecución, dificultades, estorbos,

---

<sup>19</sup> Sozzo, Máximo: Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito, Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, n° 10, año 2000.-

defensas, entorpecer la tentativa y consumación de ilícitos. Podrían considerarse medidas de obstaculización, las defensas de las propiedades privadas para evitar delitos contra los bienes de sus propietarios, como instalación de puertas y portones de mayor fortaleza que los más comunes, la colocación de rejas, construcción e instalación de cercados y paredes de gran altura y tamaño, la puesta de perros guardianes en las viviendas, instalación de ofendículas (puntas metálicas sobre muros, vidrios cortados para evitar el escalamiento, alambrados electrificados cuyo voltaje no cause muerte), etc.

Se ha querido distinguir entre prevención, disuasión y obstaculización del delito, a los fines de sortear confusiones cuando se tratan distintas medidas que tienen como objetivo evitar la comisión de ilícitos penales, algunas de ellas atacando sus causas y otras procurando solamente que no sean consumados, o sea establecer cuando se actúa contra las causas del delito y cuando contra sus efectos.

La claridad de estos conceptos permitirá además, saber si las medidas que se propongan para combatir las violaciones a la ley penal, serán efectivas y duraderas o solo llevarán al autor potencial u ocasional, a delinquir en otras circunstancias de tiempo y espacio; en definitiva, si las medidas que se propongan o adopten en el esquema del tratamiento del problema criminal, tendrán eficacia real o solo transitoria.

Retomando la idea de prevención, se trata en criminología de tres clases: primaria, secundaria y terciaria, cuyas nociones básicas serán mencionadas en el punto siguiente.

## V. Prevención Primaria, Secundaria y Terciaria

Desde una perspectiva netamente criminológica, se sostiene que la prevención primaria del delito es la más eficaz porque "...los programas de prevención primaria se orientan a las causas mismas, a la raíz del conflicto criminal, para neutralizar este antes de que el propio problema se manifieste. Tratan, pues, de crear los presupuestos necesarios o de resolver las situaciones carenciales criminóge-

nas, procurando una socialización provechosa acorde con los objetivos sociales”.<sup>20</sup> Las herramientas o formas de lograrla son: la Educación y socialización, vivienda, trabajo, bienestar social y calidad de vida, considerados como ámbitos esenciales para que exista una prevención delictiva porque generan formas de vida que orienta al ciudadano a vivir dentro de la ley, aunque opera siempre a largo y mediano plazo, es general toda vez que se dirige a todos los ciudadanos, sin distinción.

Considerando la naturaleza y características de las acciones estatales, comunitarias e individuales que promueven la prevención primaria del delito, es frecuente que se cumplan con acciones concretas o planificadas de política educativa, cultural, económica y social, donde la finalidad es que los habitantes de determinado país tengan a su alcance los medios de vida, formas y herramientas necesarias para superar inconvenientes cotidianos al mismo tiempo que logren satisfacer sus necesidades básicas para que sus hábitos se proyecten en actos sociales con valor humano (trabajo, protección en la salud, instrucción escolar de niños, esparcimiento, contención familiar, educación, progreso).

La prevención primaria es, sin duda alguna, la más eficaz –la genuina prevención, ya que opera etiológicamente. Pero actúa a medio y largo plazo, y reclama prestaciones sociales, intervención comunitaria, no mera disuasión. De ahí sus limitaciones prácticas. Porque la sociedad siempre busca y demanda soluciones a corto plazo que, además, suele identificar lamentablemente con fórmulas drásticas y represivas. Y los gobernantes tampoco hacen gala de paciencia y altruismo, atizados por el periódico reclamo electoral y el interesado bombardeo propagandístico de los forjadores de la opinión pública. Pocos están dispuestos a invertir esfuerzos y solidaridad para que otros, en el futuro, disfruten de una sociedad mejor o capitalicen los esfuerzos realizados por otros”.<sup>21</sup> Las ideas referidas en cuanto a la prevención primaria no deben llevar a la conclusión necesaria que, si una determinada población no ejerce los derechos

---

<sup>20</sup> Kaiser: Introducción a la Criminología, ps. 125/126

<sup>21</sup> Antonio García – Pablos de Molina: ob cit p.586 a 588.-

esenciales que son su instrumento, tales personas cometerán delitos. Estudios criminológicos se han ocupado de demostrar que no es así, porque la insatisfacción de necesidades y la pobreza, a pesar que se asocia con una mayor proclividad al delito, en muchos casos esto no ocurre, toda vez que factores culturales y religiosos pueden tener gran influencia. En este camino, expertos han sostenido<sup>22</sup> que la vinculación entre delincuencia y violencia es evidente en materia de delitos contra la vida, la integridad física, la propiedad y la libertad en varios casos. Así, hay países pobres cuyos habitantes en gran parte son muy violentos, como por ejemplo los países Centro Americanos, situación que se contrapone con habitantes de países en situación de pobreza con poca o escasa estadística de violencia, como por ejemplo los habitantes de la India y de la China (en ciertas áreas de su territorio). En otro extremo, sectores sociales de países ricos, como Estados Unidos de Norte América son muy violentos en tanto que en otros países ricos como Japón o Noruega sus habitantes son escasamente violentos. El caso de la India es para destacar: cuenta con una numerosa población en situación de pobreza, sin embargo la violencia vinculada a la delincuencia no es tan elevada. Por lo tanto, las medidas y programas en materia cultural y educativa, tienen directa relación con la cuestión criminal.

La llamada prevención secundaria, por su parte, actúa más tarde en términos etiológicos: no cuándo ni dónde el conflicto criminal se produce o genera, sino cuándo y dónde se manifiesta, cuándo y dónde se exterioriza. Opera a corto y mediano plazo, y se orienta selectivamente a concretos sectores de la sociedad: aquellos grupos y subgrupos que exhiben mayor riesgo de padecer o protagonizar el problema criminal. La prevención secundaria se plasma en la política legislativa penal y en la acción policial, fuertemente polarizada por los intereses de la prevención general (desde un punto de vista penal). Programas de prevención policial, de control de medios de comunicación, de ordenación urbana y utilización

---

<sup>22</sup> Garrido, Vicente et. al. "Principios de Criminología" Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 479

del diseño arquitectónico como instrumento de autoprotección son ejemplos de prevención secundaria.

“La prevención terciaria, por último, tiene un destinatario perfectamente identificable: la población reclusa, penada, y un objetivo preciso: evitar la reincidencia... los programas rehabilitadores, re-socializadores en que se concentra,... se llevan a cabo en el propio ámbito penitenciario...”<sup>23</sup>

## VI. El modelo Clásico de Prevención del Delito

Considerando lo que se ha expuesto hasta este lugar, conviene considerar al menos, cuales son los planteos de base que formulan los modelos clásicos y neoclásicos acerca de la llamada “prevención” del delito, con la finalidad de efectuar luego un mínimo análisis crítico, partiendo de datos que aporta la realidad y la historia, a efectos de reflexionar sobre los resultados obtenidos en varias Provincias y el estado nacional, cuando se aplicaron o aplican lo que proponen estos esquemas.

El modelo clásico de prevención del delito según Antonio García – Pablos de Molina, expresa que “...el derecho penal simboliza la respuesta primaria y natural, por excelencia, al delito, la más eficaz. Dicha eficacia, además, depende fundamentalmente de la capacidad disuasoria del castigo, esto es, de la gravedad del mismo. Prevención, disuasión e intimidación, según esto, son términos correlativos: el incremento de la delincuencia se explica por la debilidad de la amenaza penal; el regir de la pena se traduce, necesariamente, en el correlativo descenso de la criminalidad. Pena y delito constituyen los dos términos de una ecuación lineal”. (Lo resaltado se atribuye al autor del trabajo)

Este es el núcleo, podría decirse, de la propuesta de modelo clásico de prevención del delito. Así, se dice que es el derecho penal quien tiene la respuesta más eficaz frente al problema criminal: mientras más fuerte e importante es la amenaza penal, es decir la

---

<sup>23</sup> Antonio García – Pablos de Molina, ob cit.

intimidación ejercida por el poder punitivo del estado de imponer sanciones graves contra quienes delinquen, se obtendrán mejores resultados preventivos frente al crimen. De hecho, muchas políticas criminales de nuestro tiempo, responden a este modelo simplificador.

En la República Argentina un caso emblemático lo conforman los numerosos femicidios. Estadísticas oficiales y recientes datos de la Presidencia de la Nación, hablan de un femicidio cada 37 horas. Luego de varios años posteriores a la reforma del C.P. en su art. 80, por ley 26.791 publicada el 14 de diciembre del 2012, que atribuyó prisión perpetua para las muertes causadas por violencia de género, los resultados hasta ahora son iguales. Sin dudas que la reforma penal en tal sentido fue valiosa y cumple con fines de prevención general según las teorías de los fines de las penas, sin embargo las características de cada población, su cultura, educación, situación social, etc., conforman factores de influencia, razón por la cual no es acertado sostener que, solo el aumento de pena disminuirá el número estadístico de la delincuencia. Son necesarias otras medidas propias de la prevención primaria. El delincuente al momento de cometer el hecho NO lleva a cabo una reflexión o elaboración racional donde medita sobre el tipo penal que está cometiendo o que irá a cometer, ni de la gravedad de la pena señalada por delito y las ventajas o inconvenientes que le puede aportar. Estudios basados en la experiencia han enseñado que el infractor mide y analiza más las consecuencias próximas e inmediatas de su conducta (el riesgo que corre, la posibilidad de ser descubierto y de sufrir medidas de coerción, que sea aprehendido por la policía o que sea sorprendido por la víctima o por el ofendido, etc.)<sup>24</sup>.

La reforma del Código Penal Argentino que se produjo a partir del conocido caso Blumberg, que reformó entre otros el art. 166 del C.P., fue una respuesta apresurada de los poderes ejecutivo y legislativo nacionales, con motivo de las numerosas manifestaciones populares del momento; es otro ejemplo patente del fracaso del modelo en análisis, pues en esa oportunidad, se crearon y se legislaron más delitos y penas más severas, sin embargo las cifras esta-

---

<sup>24</sup> Vicente Garrido Genovés et. al, ob. Cit. P. 197

dísticas que luego se mostraron y que surgen de los estudios del INDEC propios de la Dirección Nacional de Estadística Criminal, partiendo desde la reforma hasta los días presentes, indican que el delito se incrementó y que en otros casos se mantuvo estable, hasta la implementación de planes y programas de acción social influyentes, junto con la disminución del desempleo, en forma considerable y la mejora de las condiciones socio económicas de la población, especialmente la más carenciada para esos años. El transcurso del tiempo desde la fecha de esa reforma legal, ha permitido demostrar el fracaso de la prevención de delitos contra la propiedad.

Además se ha sostenido que “El rigor de la pena no es, desde luego –a tenor de las investigaciones empíricas- el único ni el principal factor (de prevención delictiva). No se puede asociar, por tanto, severidad del castigo y efecto disuasorio de éste, sin ofrecer una imagen simplista de una realidad mucho más compleja en la que intervienen numerosas variables psicológicas y sociológicas.” (Antonio García – Pablos de Molina)

En este sentido, el Marqués de Beccaría ya predicaba hacia fines del siglo XVIII, que más importante eran la celeridad del proceso y la imposición de las sanciones a los responsables, que la gravedad de las penas o del castigo. “...lo decisivo no es la gravedad de las penas sino la prontitud con que se impongan; no el rigor o la severidad del castigo sino su certeza o infalibilidad; que todos sepan y comprueben -incluso el infractor potencial, que la comisión del delito implica indefectiblemente la pronta imposición del castigo.”<sup>25</sup>

Que la pena no es un riesgo futuro e incierto sino un mal próximo y cierto, inexorable, pues si las leyes nacen para ser cumplidas, habrá que convenir con el ilustre milanés que solo la efectiva aplicación de la pena confirma la seriedad de la conminación legal. Que la pena que realmente intimida es la pena que se ejecuta: que se ejecuta pronto, que se ejecuta de forma implacable y habría que añadir: que se percibe por la sociedad como justa y merecida.”<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Beccaría: Tratado De los Delitos y de las Penas, ed. Aguiar, Madrid, 1974, p. 128 a 134.

<sup>26</sup> Beccaría: obra citada.

## VII. El modelo neoclásico

Este modelo pretendió actualizar y mejorar los postulados del anterior, incorporando otras propuestas interesantes, pero no del todo seguras frente al tema de la prevención delictiva y de la reducción del problema criminal. Se sostuvo que "...Mejorar la infraestructura y la dotación del sistema legal sería la más adecuada y eficaz estrategia para prevenir la criminalidad: más y mejores policías, más y mejores jueces, más y mejores cárceles".

Los partidarios de estos postulados indican que el infractor dejará o desistirá de sus planes criminales al comprobar la efectividad de un sistema en perfecto estado de funcionamiento. Respecto a los postulados de este modelo teórico de prevención criminal, se han formulado distintas críticas entre las que se citan las siguientes: "...este modelo de prevención tampoco convence –en orden a la prevención del crimen, la efectividad del sistema legal es sin duda relevante, sobre todo a corto plazo y con relación a ciertos sectores de la delincuencia (v.gr. ocasional). Pero no cabe esperar demasiado del mismo. El sistema legal deja intactas las causas del crimen, actúa tarde (desde un punto de vista etiológico), cuando el conflicto se manifiesta... A medio y largo plazo no resuelve por sí mismo el problema criminal cuya dinámica responde a otras claves."

"Mala política criminal aquella que contempla el problema social del delito en términos de mera disuasión, desentendiéndose del imprescindible análisis etiológico de aquél y de genuinos programas de prevención (prevención primaria)"<sup>27</sup>, en este orden desde hace muchos años en la República Argentina es que no se incrementaron medidas de prevención primaria como las señaladas antes.

---

<sup>27</sup> García – Pablos de Molina: Criminología – Introducción, Madrid 2007, páginas citadas.-

## VIII. Conclusiones

El tema elegido para este trabajo, como se anticipó, es muy amplio y exige una profundidad de tratamiento que requiere mayor extensión, lo que dista de la finalidad del presente. Se ha pretendido esbozar conceptos básicos que permitan diferenciar y precisar nociones elementales, cuando se habla en distintos ámbitos sociales, acerca del problema de la inseguridad y del delito, qué medidas adoptar para solucionarlo, qué hacer frente al importante número de hechos delictivos. Los comentarios acerca de las disciplinas que se ocupan de la temática, entre los que fueron citados el Derecho Penal, Criminología, Política Criminal y la relación de estas con el delito, tuvieron como finalidad ir introduciendo a los interesados en el análisis de las cuestiones incluidas, junto con la necesaria diferenciación entre las nociones de prevención, disuasión y obstaculización del delito, al mismo tiempo que también resultaron importantes los conceptos de prevención primaria, secundaria y terciaria. Luego, el breve análisis de los modelos clásicos y neoclásicos frente al problema criminal, permitió contar con algunas respuestas que la historia cercana y los tiempos actuales, facilitan para observar las reacciones estatales y populares ante la problemática. Se destaca que existen muchos más modelos de prevención del delito que los mencionados y que en su mayor parte pueden ser combinados.

Se considera que varias de las medidas propiciadas por los modelos clásico y neoclásico y por las opiniones de autores citados, tienen razón de ser y pueden ser eficaces. No puede negarse por ejemplo, que la regulación legal de facultades punitivas importantes, de alguna manera intimida a delincuentes ocasionales, inexpertos o temerosos de sufrirlas; tampoco puede negarse que la existencia de más policías (que cumplan debidamente sus funciones), al igual que más fiscales, jueces y cárceles, ha de mejorar la respuesta punitiva, sometiendo a proceso y en su caso, aumentando el número de delincuentes que sean condenados y llevados a prisión. Tampoco puede negarse que aportar los recursos necesarios para lograr mejoras en las investigaciones criminales que permitan aumentar el esclarecimiento de hechos delictivos, ha de favorecer a la seguridad

general y reestablecer, al menos parcialmente la paz social, alcanzando respuestas ante el reclamo popular de justicia. Sin embargo, como se anticipó, se trata de medidas que pretenden ocuparse de los efectos del delito o de las consecuencias del mismo, es decir proponen reacciones cuando el delito se cometió, lo que no asegura un tratamiento serio del problema para procurar que disminuya el crimen. Se entiende que las medidas que propicia la prevención primaria, son las que en definitiva, permitirán logros (aunque a mediano y largo plazo), que se ocupen del problema criminal con mayor efectividad, duración en el tiempo y mejores resultados, sin perjuicio que, frente a la gravedad y cantidad de hechos consumados, sea necesaria la inmediata y pronta reacción de los órganos públicos predispuestos, para investigar sucesos criminales, procurar conocer la verdad real, u objetiva e histórica sobre el suceso, identificar a los responsables y someterlos al debido proceso legal para que sean sancionados cuando corresponda.

Como se puede deducir de todo lo señalado, la principal prevención del delito consiste en capitalizar valores humanos y principios morales de acción en el plano personal. Es necesario que los habitantes de nuestro país retomen valores y virtudes que caracterizan a todos aquellos ciudadanos de naciones que han afrontado grandes dificultades en la historia de la humanidad y que por la fortaleza y templanza de sus pueblos, han superado. Hablar de incorporación de principios con proyección social inmediata, significa adquirir hábitos de apego al trabajo, al respeto de la persona y derechos de los habitantes, de consideración por los demás, de conciencia social y ciudadana.

Los estudios científicos desde un punto de vista psicológico sostienen respecto del sujeto dispuesto a delinquir que: “Todo parece indicar que en el proceso de deliberación el infractor pondera el riesgo –mayor o menor– de ser descubierto... Pero más aún que el riesgo a ser descubierto, determinadas circunstancias y condiciones relativas al proceso de socialización (transmisión de normas y valores, encuadramiento del individuo en un concreto contexto social, grado de vigencia real de las normas y presión de estas sobre el comportamiento desviado) poseen un decisivo peso específico disua-

sorio”.<sup>28</sup> Por esta razón, es necesario que los habitantes de la nación tengan plena conciencia de lo que significa la vida en sociedad: esto es contar con adecuada y correcta escala de valores humanos, el respeto y cumplimiento de normas de convivencia social sentadas en la ley.

La familia se presenta en este contexto como la célula básica y necesaria de la comunidad, donde la persona humana recibe o debe recibir una escala de valores con principios de acción que orienten al sujeto a actuar bien, con respeto de los derechos ajenos y consideración hacia los demás. La familia se presenta como la primera sociedad. Allí el niño debe recibir afecto, formación moral, incorporar virtudes y buenas costumbres. Los padres deben ser verdaderos custodios de la formación de sus hijos, comenzando a educarlos con su ejemplo, ejercer la autoridad que natural y jurídicamente tienen para cuidarlos, especialmente de personas que puedan influir nocivamente sobre estos. Debe recordarse que El crimen se aprende, “a través de los mismos procedimientos y mecanismos de aprendizaje de la conducta respetuosa de la ley. Más aún: el joven infractor imita, no crea. Es un imitador que repite lo que aprende y hace lo que le ensañan u observa en modelos próximos y significativos con los que se identifica. No innova, sino que se limita a interpretar. Por lo tanto la prevención eficaz de la criminalidad de jóvenes y menores obliga a dirigir la mirada hacia la sociedad de los adultos: hacia los modelos y pautas de conducta de esta, hacia su marco de valores oficiales o subterráneos. Algunos de estos valores, modelos o pautas de conducta son inequívocamente criminógenos (ej: violencia, corrupción, insolidaridad, etc.) de suerte que el magisterio social ejerce una labor antipedagógica... Solo, pues, una profunda revisión de los valores sociales proclamados y vividos por la sociedad adulta, garantiza la prevención eficaz de la criminalidad de jóvenes y menores. La modificación radical de ciertos

---

<sup>28</sup> Conforme KURY: Sobre la Relación entre Sanciones y Criminalidad, p. 303 y 304 sintetizando los resultados de las investigaciones de Bock (1991), Villmow (1999), Schuman (1984), Dölling (1984), Schöch (1988), Heinz (2000), Müller Dietz (1996), etc. Por García – Pablos de Molina.

comportamientos de los adultos, de determinados ejemplos será, a medio o largo plazo, la estrategia preventiva más duradera y estable<sup>29</sup>.

Importancia directa en la problemática criminal y su prevención tiene la educación escolar desde el inicio al comienzo del ciclo primario hasta el egreso del ciclo secundario. Es necesario que la escuela retome su rol de formar personas con conciencia ciudadana. La actividad escolar debe cumplir con dar instrucción y conocimientos a los alumnos. La escuela debe ser una institución donde los alumnos reciban instrucción intelectual, conocimientos pero también formación ciudadana, de convivencia social y de valores humanos. Que capacite y predisponga al alumno para el estudio, el trabajo y los buenos hábitos de vida. La educación escolar debe llegar a todos los habitantes. Adviértase que la mayoría de las personas con antecedentes penales no cuentan con estudios primarios completos y en menor número de casos, con estudios secundarios cumplidos<sup>30</sup>.

Junto a un adecuado sistema de acción social, es prioritario reconstruir un orden moral que sin dudas está seriamente lesionado, fortalecer las instituciones necesarias de la nación, consolidar y coordinar convenientemente para estos fines los organismos estatales y no gubernamentales, sin afectar su libertad de acción y apoyando sus objetivos comunitarios; rescatar los valores espirituales; fortalecer la familia como institución transmisora del buen ejemplo, de afectos, de enseñanzas, educadora en las tradiciones y en la fe. Retomar el rol formativo de la escuela, con docentes debidamente capacitados para estos fines; tales medidas junto a una política social transparente (entre otras), son las que básicamente permitirán a mediano y largo plazo, controlar con eficacia, aminorar o disminuir el problema de la inseguridad, las causas del delito y por implicancia sus consecuencias.

---

<sup>29</sup> García – Pablos de Molina, obra y páginas citadas.

<sup>30</sup> Diario de San Rafael, 16 de noviembre del 2014 [www.diariosanrafael.com.ar](http://www.diariosanrafael.com.ar)

## Bibliografía

### *Bibliografía anotada*

- Bacigalupo, Enrique: Derecho Penal, Parte General – Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Beccaría (Cesare de Bonesana): Tratado De los Delitos y de las Penas, ed. Aguiar, Madrid, 1974.-
- Binder, Alberto: Política Criminal, de la formulación a la praxis, Buenos Aires 1997, Ed. Ad – Hoc.-
- Chiara Díaz, Carlos Alberto y Otros: Derecho Penal – Parte General, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.-
- García Antonio – Pablos de Molina: Tratado de Criminología, t. II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, -República Argentina.
- Garrido, Genovéz, Vicente y otros: Principios de Criminología, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, España, 1999.
- Keymer Avila: Estudio de la Participación Comunitaria o Ciudadana como modalidad de una Política Criminal Preventiva – Derecho Penal online.com.-
- Lascano, Carlos J. (h): Derecho Penal, Parte General, Ed. Advocatus, Córdoba 2005.-
- Letner, Gustavo Adolfo: Lineamientos para una política criminal del siglo XXI, Buenos Aires, abril del 2006, Unidos por la justicia asociación civil.
- Núñez, Ricardo C.: Manual de Derecho Penal – Parte General – Lerner Editora S.R.L., Córdoba 2009.-

- Righi, Esteban: Penal Parte General, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.
- Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, 5ta. Edición actualizada por Guillermo J. Fierro, ed. Tea, Buenos Aires, 1987, t. 1.-
- Sozzo, Máximo: Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito, Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, n° 10, año 2000.-
- Zipf: Introducción a la Política Criminal, Madrid 1979, citado por Esteban Righi.

#### *Bibliografía consultada*

- Arocena, Gustavo A.: Inseguridad Urbana y Ley Penal – El uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana. Alveroni Ediciones, Córdoba 2004.
- Azerrad, Marcos E.: Políticas Públicas de Seguridad, Medidas Alternativas y Derechos Humanos. Ed. Cátedra Jurídica, Buenos Aires 2009.
- Aparicio, Julio Enrique: Globalización, Principios y Delito – Los Grandes Obstáculos a Remover. Política Criminal y Prevención del Delito. (Trabajos consultados por Internet).
- Baratta, Alessandro: Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal – Siglo XXI editores 1986.
- Dirección de Política Criminal: Plan Nacional de Política Criminal – Secretaría de Justicia
- Foucault, Michel: Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión: Siglo XXI editores, Buenos Aires 2006.

- García Ortiz, Grisela Alejandra: Política Criminal en Argentina: Un Barco a la Deriva. (Consultado por Internet).
- Ministerio de Justicia - Dirección Nacional de Política Criminal: Reflexiones Generales sobre Política Criminal – La Situación del Mundo del Delito – El Delito Urbano en la Argentina – Plan Nacional de Prevención del Delito.
- Stingo, Néstor Ricardo; Esteban Toro Martínez, Gabriel Espiño y María Cristina Zazzi: Diccionario de Psiquiatría y Psicología Forense Editorial Polemos, Buenos Aires, 2006.
- Tieghi, Osvaldo: Política Criminal Social o Preventiva, Diario La Ley viernes 9 de octubre del 2009.

## **Tratamiento de la víctima en el proceso penal**

MARÍA EUGENIA LAIGLE (SAN RAFAEL – MENDOZA)



## Fundamentos

Las víctimas, entendidas como aquellas personas que, individual o colectivamente, han sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas financieras o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia del accionar delictivo, históricamente no tuvieron asignado un rol especial en el proceso penal moderno.

Se las trataba como a un testigo más. Los abusos institucionales cometidos en perjuicio de los imputados llevaron a un gran desarrollo de sus derechos y garantías, y las víctimas quedaron relegadas.

Esto con el tiempo se fue modificando, y desde hace unos 30 años, las víctimas son visualizadas en el mundo del derecho penal, adquiriendo relevancia.

Los primeros avances fueron legislativos. A nivel internacional, se dictó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), con cláusulas como las 7 y 8 que reconocen igualdad de acceso a los Tribunales, luego el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ONU, dictada en 1966, entra en vigor en 1976), que en su art. 17 establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques, y la Convención de Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (ONU 1969). Estos tres instrumentos en Argentina fueron incorporados a la Constitución Nacional en 1994 (art. 77 inc. 22), y los derechos allí reconocidos de manera general fueron reinterpretados por los Tribunales haciendo foco en las víctimas.

Como legislación internacional específica podemos citar también a la Declaración de principios básicos de justicia para víctimas de delitos y abuso de poder (ONU 1985), y en relación a víctimas especiales la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer o CEDAW (1980), la Convención Interamericana para prevenir, sancionar, erradicar la violencia contra la mujer conocida como Convención de Belem do Pará

(1994, Ley 24632), y la Convención de los derechos del Niño (A.G. ONU, 1989), por mencionar algunos.

Asimismo la Organización de las Naciones Unidas en 1996 editó el Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Delito y Abuso de Poder donde se establecen pautas para el desarrollo de políticas, procedimientos y protocolos para víctimas.

En el ámbito estrictamente judicial la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Buenos Aires en el año 2012, incorporó como tema prioritario los derechos de las víctimas en la Carta Iberoamericana de Derecho de las Víctimas, que pretende instrumentalizar las Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia, en materia de víctimas en general y de delito en particular.

Pueden así establecerse como derechos básicos:

- 1) Acceso a la justicia y trato justo
- 2) Resarcimiento (por parte del delincuente o tercero responsable)
- 3) Indemnización Estatal
- 4) Asistencia (material, médica, psicológica y social)

A nivel interno, y a consecuencia de este nuevo marco internacional, en Argentina se les reconoció la facultad de constituirse en Querellante Particular –desempeñando un rol acusador, coadyuvando con el fiscal, pero sin potestades acusatorias autónomas hasta el momento del alegato final–, y una serie de derechos, entre ellos:

- a) recibir un trato digno y respetuoso
- b) a ser informada acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal
- c) a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado

d) si es menor o incapaz: puede ser acompañado por persona de su confianza, salvo peligro para la obtención de la verdad real

e) a la protección de su integridad física y moral, y de su familia

Estos avances legislativos, muy significativos por cierto, fueron receptados especialmente por los Tribunales superiores, siendo numerosos los antecedentes jurisprudenciales que ubican a la víctima en esta nueva posición.

También fueron creadas oficinas estatales especialmente dedicadas a la atención de las víctimas, como la Oficina de la mujer en el ámbito del Poder Judicial de la Nación Argentina o la Oficina de asistencia a víctimas y testigos, que funciona en la ciudad de Mendoza (cuarta ciudad de Argentina, de casi dos millones de habitantes). Dependencias que cuentan con profesionales especializados que brindan cierta contención y orientación legal. Pero los recursos son todavía insuficientes para atender todos los casos, ocupándose en definitiva de unos pocos -los más graves, principalmente, o aquellos en los que es la misma víctima quien lo solicita-. Así, por ejemplo, en el período 20 de agosto a 20 de octubre 2013, la oficina que funciona en Mendoza atendió solo 80 casos.

Pero más allá de esta atención especializada, y del abordaje del caso por profesionales, centraré la atención en el proceso penal iniciado a consecuencia del hecho delictivo.

He advertido que el sistema penal real, la burocracia judicial, repite continuamente el modelo anterior, casi sin darse cuenta.

Nuestro esquema de investigación penal –con procesos que rara vez duran menos de un año, y la mayoría de las veces muchos más–, sumado a las características propias de toda actividad judicial, que de por sí es formalista y burocratizada, hace que lejos estemos de respetar los derechos de las víctimas.

Si bien se respetan las formas de las nuevas consignas, en lo cotidiano los actores del sistema no hemos advertido completamente que como agentes estatales, estamos en deuda con las víctimas.

Es necesaria una real toma de conciencia del asunto, asumiendo que el Estado tiene una doble deuda con las víctimas. Por un lado,

por su ineficiencia en la prevención –no le brindó seguridad–, y por el otro por estar obligado a esclarecer el hecho y sancionar al culpable (si lo hubiera).

Este modo de trabajar judicial, ensimismado, centrado en el expediente sin atender a las necesidades de las personas, pierde de vista que el expediente existe para las personas, para llevar justicia a la vida real. El distanciamiento entre el sistema y la ciudadanía se vuelve así inevitable, y por mucho que trabajemos la sensación de los demás es que no hacemos nada.

En esta forma de operar, nos convertimos en nuevos victimarios. Autores de violencia institucional, violencia secundaria generada por el choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional. No se comprende su sufrimiento, se las deja desoladas, inseguras, pierden fe en el sistema. Muchas veces hasta se arrepienten de haber denunciado. Esto se agudiza si son personas humildes o no influyentes.

Sostengo que para revertirlo, debemos fijarnos un doble objetivo: lastimar lo menos posible y ayudar a sanar, mitigando el dolor sufrido.

## Propuestas

Hacer efectivo el derecho a ser informada es mucho más que no negarle información cuando viene a los tribunales. Nos acercamos a ella y “ayudamos a curar” cuando la llamamos por teléfono para hacerle conocer la producción de actos procesales de relevancia (por ejemplo el procesamiento o la elevación a juicio). Eso hace que ella sepa no solo el estado del expediente, sino también que alguien está trabajando con su caso aunque ella no lo esté viendo.

Un llamado cuando la causa finaliza sin juicio oral –probation, juicio abreviado, por ejemplo–, ayuda a vencer el “nunca pasa nada”.

Un simple llamado telefónico no demandará al agente judicial más que unos pocos minutos, ni siquiera es necesario formalizarlo dejando constancia de él en un acta.

Informarle también –y esto puede hacérselo al momento de la denuncia–, acerca de los ritos y tiempos procesales es de utilidad para minimizar el “choque entre sus expectativas y la realidad institucional”. Hacer un pronóstico, una proyección de lo que puede ir pasando, y dárselo a conocer.

Tener que declarar varias veces, muchas teniendo que soportar largas esperas, genera desasosiego y la sensación de que se pone en tela de juicio su credibilidad. Basta citarla solo cuando es estrictamente necesario, maximizando el uso de la comunicación telefónica cuando el objetivo del comparendo lo permite, y respetar el horario de audiencia fijado, para desterrar estas prácticas negativas.

En la etapa de juicio oral, tener que declarar delante del imputado resulta muy perturbador. Muchas veces, cuando no es posible su retiro de la sala de audiencia, anticipar a la víctima cómo va a desarrollarse el acto y sus razones, hace que pueda estar preparada.

Es necesario evitar la realización de preguntas inadecuadas o innecesarias, y toda demostración de consideración de que “algo estaría haciendo” o que “por algo le pasó”.

Alertar acerca del rol de cada uno de los actores, especialmente del ejercido por el abogado defensor en el juicio oral.

Generar un entorno de intimidad y protección, respetando el secreto y privacidad de la información, evitando darla a publicidad.

Capacitando acerca de estas cuestiones a los agentes judiciales, podremos fomentar una toma de conciencia y lograr que pequeños actos, sin grandes costos, de posible realización inmediata, generen grandes resultados.

