

LECCIONES Y ENSAYOS

DOSSIER: RESPONSABILIDAD CIVIL

- AL CERINI, A.: *Las ideologías en el tratamiento de la responsabilidad cuantitativa de la responsabilidad*
- KUNELBAJER DE CARLUCCI, A.: *Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez*
- TRIGO REFRÉN, F.: *Responsabilidad civil del abogado*
- MISSET (TERRASINI), J.: *El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abiertas*
- COLOMBINI, S.: *La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales*
- LORENZETTI, R.: *La responsabilidad por daños en los servicios de salud*
- ZAVALA DE GONZALEZ, M.: *Los daños morales colectivos*
- MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G. N.: *Dato ambiental*
- COMPAGNON DE CASO, R.: *El grado de necesidad y los daños ocasionados*
- GALDÓN, JORDI M.: *Responsabilidad del Estado por falta de servicio de seguridad penitenciaria*
- BEKERMAN, J. M.: *Responsabilidad de las bases de datos informáticos en relación a los datos personales que los integran y la información que terceros adquieren de esos datos*

LECCIONES

- KALINIK, B.: *Los testigos son los ojos de los jueces. La formación de creencias en los procesos penales orales*
- MORDEGLIA, E. M.: *Elementos de derecho constitucional económica*
- VALLABRES, G. P. - COMSOLA, J. A.: *La Comisión Intersectorial de Enxutas y la aceptación de su competencia por parte de la República Argentina*

ENSAYOS

- BIRMAN, F. A.: *Historia y etnografía en la constitución de una teoría del Estado: el pensamiento de Giambattista Vico*
- FOLGUEIRO, H. L.: *Principio de inmediatez: hacia una fundamentación epistemológica*
- NACIAS, M. A.: *La instrucción por el Ministerio Público*
- NANER, S.: *El concepto de peligrosidad y la limitación temporal a la medida de internación*
- SORDA, J.: *Perdida de chances de curación y sobrevivencia*
- OTRAS SECCIONES: Universitarias - Nuestra redacción - ¿Lo sabía?



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alessio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Mancayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora

Mary Ann Beloff

Secretaria

Carlos Parisse

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo (1999)

Director: Rodrigo Freire Méndez
Subdirector: Alejandro Godano
Redactor: Adrián Minkowicz Almada

Colaboradores: Natalia Méndez
Vanessa Bargaña
Matías Tuler
Margarita Masó
Alejandro Glück

Nuestra dirección en Internet:
www.jat.com.ar/fder/lye

Nuestra dirección de e-mail: lye@margay.fder.uba.ar

Nota: Queremos destacar especialmente a los
Dns. Martín Sigal y Luciano Bottaci Daneseq,
sin cuya iniciativa y talento este número de Lecciones y Ensayos
no hubiera sido posible

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

**LECCIONES
Y
ENSAYOS**

1998/99 - 72/73/74



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Diríjase a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados

© by ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.

Impreso en la imprenta "La Patria" S.A. de Ediciones, Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N.: 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Se terminó de imprimir el día 3 de diciembre de 1999,
en Arca Gráficas Casco, sito en la calle Misiones 4462,
Buenos Aires, República Argentina.

EDITORIAL

La interacción docente-alumno es el horizonte hacia el cual se proyecta la Revista, y a este fines esperamos que responda. Quiere, ante todo, servir de instrumento a los profesores para la enseñanza del Derecho, a la vez que posibilite a los estudiantes publicar sus incipientes investigaciones en forma de ensayos. En otras palabras, y más aún en momentos en que ciertos criterios contables amenazan desvirtuar el rol de la Universidad pública, mantener y ampliar este foro editorial alternativo —en donde ambos pilares de la educación podamos intercambiar ideas sin más requisito que la excelencia académica— constituye la razón y fin de nuestro trabajo.

En este sentido, en la generosa acogida dispensada a la Revista anterior dedicada a la protección internacional de los derechos humanos encontramos, quienes modestamente hacemos esta tarea, la mejor recompensa a nuestro esfuerzo. Los datos editoriales parecen indicar que la obra ha interesado no sólo a docentes y estudiantes, sino a otros estudiosos del Derecho que han encontrado en esas páginas información de valiosa consulta.

Y así como la problemática de los derechos humanos es uno de los temas del derecho internacional público que mayor elaboración y tratamiento está logrando con el transcurso del tiempo, la responsabilidad civil es la gran discusión del derecho civil de hoy. A nadie escapa que el mundo actual —globalizado, complejo, injusto, vertiginoso— requiere una mayor y mejor defensa de los derechos individuales y colectivos. Ambas temáticas se erigen, entonces, en una suerte de piedra de toque de la discusión jurídica de estos tiempos.

Así las cosas, en esta oportunidad tenemos la privilegiada satisfacción de presentar al lector una nueva edición de la Revista. Contiene las lecciones y ensayos cuya publicación no permitía más demora, y que debimos postergar en el número anterior debido a los motivos apuntados en aquella edición. Al mismo tiempo, se ve incrementada por la reapertura de una antigua sección ("Lo Sabía?"), y con el, entonces, adecuado dossier sobre temas de "Responsabilidad Civil". Si bien la labor de coordinación ha sido exigente, la disposición de los autores fue muy favorable al cumplimiento de sus directrices. Y es por ello que consideramos cumplido el

propósito buscado, pese a las dificultades inherentes a la naturaleza de la obra y a las que, además, derivan de su carácter colectivo.

Por otro lado, la preocupación por reflejar los cambios del nuevo derecho en una época de rápidas y profundas modificaciones, sigue siendo la constante de quienes hacemos esta revista intentando acompasar nuestra labor a esa continua dinámica. En este sentido, al tiempo que terminábamos esta edición, la Comisión Redactora Honoraria designada por decreto 685/95 del Poder Ejecutivo, presentaba ante el Ministerio de Justicia de la Nación el, para mucho ansiado, Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, con un total de 2.532 artículos. Y como un comentario exegético de las innovaciones que pretende introducir este proyecto excedería con mucho las limitaciones propias del presente número, deberemos contentarnos con publicar, a modo de apéndice legislativo y en forma casi inédita, el texto de los 127 artículos que integran el Capítulo I de su Título V (correspondiente al Libro Cuarto del mencionado proyecto legislativo), y que trata precisamente sobre la responsabilidad civil.

Para finalizar, queremos dedicar esta obra a la memoria del Profesor Dr. Jorge Bustamante Alsina, quien falleciera a fines del año pasado poco tiempo después de ser invitado a formar parte del dossier que hoy publicamos. Doctrinario de agudísimo criterio y especialista en responsabilidad civil, fue autor de destacadas obras y profesor honorable de esta Facultad, entre las múltiples actividades de este intelectual al servicio del Derecho. Por estas y otras razones, los integrantes de este equipo recordaremos por siempre a quien fuera uno de los más importantes referentes argentinos en la materia. Vaya pues, para él, este humilde homenaje.

ÍNDICE

Editorial	7
-----------------	---

DOSSIER

RESPONSABILIDAD CIVIL

Alterini, Atilio Aníbal, Las ideologías en el tratamiento de la limitación cuantitativa de la responsabilidad.....	13
Kamelmajer de Carlucci, Aida, Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez	37
Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil del abogado ...	87
Mossat Iturraspe, Jorge, El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abiertas	105
Cifuentes, Santos, La responsabilidad frente al derecho personalísimo de los datos personales	111
Lorenzetti, Ricardo, La responsabilidad por daños en los servicios de salud	119
Zavala de González, Matilde, Los daños morales colectivos ...	145
Messina de Estralla Gutiérrez, Graciela N., Daño ambiental .	161
Compagnucci de Caso, Rubén H., El estado de necesidad y los daños ocasionados	179
Galdós, Jorge Mario, Responsabilidad del Estado por falta de servicio de seguridad penitenciario (algunas aproximaciones) ..	197
Bekerman, Jorge M., Responsabilidad de los bancos de datos informatizados en relación a los datos personales que los integran y la información que terceros adquieren de esos datos	211

LECCIONES

Kalinsky, Beatriz, Los testigos son los ojos de los jueces. La formación de creencias en los procesos penales orales	223
Mondoglia, Roberto Mario, Elementos de derecho constitucional económico	236
Valladares, Gabriel Pablo - Consigli, José Alejandro, La Comisión Internacional de Encuesta y la aceptación de su competencia por parte de la República Argentina	273

ENSAYOS

Birman, Fernando A., Historia y etnografía en la constitución de una teoría del Estado: el pensamiento de Giambattista Vico	297
Folguera, Hernán L., Principio de inmediatez: hacia una fundamentación epistemológica	307
Macías, María Angélica, La instrucción por el Ministerio Público	315
Namer, Sabrina, El concepto de peligrosidad y la limitación temporal a la medida de internación	333
Sonoda, Juan, Pérdida de chances de curación y sobrevida	349

UNIVERSITARIAS

Falcón, Susana Beatriz, El ritual	369
Ubertane, Fermín Pedro, Las tesis doctorales en derecho en la Universidad de Buenos Aires (1929-1960)	375

DE NUESTRA REDACCIÓN

Espiga, Diego S. - Mollar, Marcos Nello, El medio ambiente en América: la Cumbre de Santiago de Chile	395
---	-----

¿LO SABÍA?

La división de poderes según la Corte Suprema de Justicia de la Nación	405
--	-----

DOSSIER:
RESPONSABILIDAD CIVIL

LAS IDEOLOGÍAS EN EL TRATAMIENTO DE LA LIMITACIÓN CUANTITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD

ATILIO ANÍBAL ALTERINI*

I. LA LIMITACIÓN CUANTITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA VIGENTE

Los límites cuantitativos de la indemnización no son extraños al sistema¹. El Código Civil trae algunas hipótesis nítidas en materia de obligaciones: cuando se estipula una cláusula penal, porque "el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente" (art. 655); en las obligaciones dinerarias, en las cuales la responsabilidad del deudor consiste en el pago de "los intereses" (art. 621). En materia de hospedaje, el posadero sólo responde del valor de los objetos corrientes introducidos por el pasajero, pero si éste "trajese consigo objetos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida" (art. 2235, Cód. Civ.). Conforme al Código de Comercio, el transportador terrestre sólo responde por el valor declarado del "dinero, alhajas o efectos de gran valor y documentos de crédito" (art. 173); y la indemnización es "tasada por

* Profesor titular de Obligaciones Cíviles y Comerciales y de Contratos Cíviles y Comerciales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Me he ocupado del tema general en otros trabajos: *La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; "Los accidentes de la circulación en la teoría general de la responsabilidad civil", en *Compass*, año IV, nro. 14, mayo 1997, pag. 14; "Limitación de la responsabilidad, ¿sólo para las autotransportistas?", *L. E.*, 1997-E-1333. Muchas de las ideas de este artículo han sido anticipadas en ellos.

peritos según el valor que tendrían los efectos en el lugar y tiempo de la entrega" (art. 179), lo cual excluye la reparabilidad de otros daños.

Los límites cuantitativos también resultan de diversas leyes especiales.

a) *Legislación laboral*. En materia de infortunios laborales, a partir de la ley 9688 (1918) se estableció un tope indemnizatorio que, en la actualidad, es de \$ 55.000 para el caso de incapacidad o muerte (ley 24.557, arts. 14, inc. 2°; 15, inc. 2°; y 18, inc. 2°). Este máximo rige "con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil" (art. 39, inc. 1°), es decir, cuando el empleador causa el daño a sabiendas y con intención de dañar.

En cuanto a la indemnización por despido, sólo estuvo liberada de topes durante la vigencia de la ley 23.697 (entre septiembre de 1989 y diciembre de 1991). En la actualidad está sujeta a lo dispuesto en el artículo 245 de la ley de Contrato de Trabajo 20.744 (L.A. decreto 390/76), modificada por la ley 24.013, que la limita cuantitativamente tomando como referencia las remuneraciones promedio de cada convenio colectivo de trabajo.

b) *Personal militar*. La ley 19.101, modificada por ley 22.511, establece que el personal militar está sujeto a una indemnización máxima consistente en "el haber mensual y suplementos generales máximos del grado inmediato superior" y, si no lo hay, "el haber mensual íntegro del grado, bonificado en un 15 %" (art. 76, inc. 2°, a) y b)). Si se trata de un soldado conscripto, se lo resarce con el importe correspondiente a treinta y cinco haberes mensuales del grado de cabo o cabo segundo (art. 76, inc. 2°, d)); igual disposición se aplica a los incorporados al servicio militar voluntario (art. 17, ley 24.429).

c) *Daños nucleares*. La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 (ratificada por ley 17.048) limita la responsabilidad a "5.000.000 de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear" (art. V, inc. 1°).

d) *Navegación aérea*. En materia de navegación aéreas en el territorio nacional, el Código Aeronáutico (ley 17.285) dispone que la responsabilidad por daños sufridos por el pasajero queda limitada a 1.000 argentinos oro (art. 144², pudiéndose pactar un monto mayor (art. 146). Para los daños causados a terceros en superficie, "la indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2.000 argentinos oro", con un máximo por accidente que depende del peso de la aeronave (art. 160).

² Un argentino oro (ley 1130) equivale a 7,2581 gramos de oro fino. Su cotización oscila alrededor de \$ 85 la unidad.

Para igual hipótesis de daños sufridos por el pasajero, el tope cuantitativo para la navegación aérea internacional, conforme al Convenio de Varsovia 1929 según Protocolo de La Haya de 1955 (ratificado por ley 17.386) es de 250.000 francos oro (art. 22)³.

Para el transporte interno de mercancías y equipajes, el límite cuantitativo es de 2 argentinos oro por kilogramo de peso bruto, salvo que el expedidor declare el valor "mediante el pago de una tasa suplementaria eventual"; y de 40 argentinos oro "en lo que respecta a los objetos cuya guarda conserva el pasajero" (art. 143, Cód. Aeronáutico).

Para el transporte internacional, ese límite es de 250 francos oro (art. 22, 3da. parte, Convenio de Varsovia).

e) *Navegación por agua.* La ley 20.064 de Navegación por agua fija un máximo de 1.500 pesos argentinos oro "por daños resultantes de muerte o lesiones corporales de un pasajero" (art. 331)⁴.

La navegación marítima internacional está regida por el Convenio de Atenas de 1974, con su correspondiente protocolo (ratificado por ley 22.718). La responsabilidad por muerte o lesiones corporales del pasajero queda limitada a 700.000 francos oro (art. 7º).

La ley 20.064 fija el límite para las pérdidas o daños que sufran las mercaderías, en 400 pesos argentinas oro por cada bulto o pieza o, en su caso, por cada unidad de flete, salvo que "el cargador haya declarado, antes del embarque, la naturaleza y valor de la mercadería". Ese tope no se aplica si el dano resulta de un acto u omisión del transportador "realizado con la intención de provocarlo, o bien temerariamente y con conciencia de la probabilidad de producirlo" (art. 278). Con relación al equipaje del pasajero, los máximos son de 150 pesos argentinos oro para el guardado en bodega, y de 100 pesos argentinos oro para el llevado en cabina, así como de 350 pesos argentinos oro para los vehículos y el equipaje ubicado dentro de ellos (art. 337). En todo caso, "el transportador no es responsable de las pérdidas o sustracciones de especies monetarias, títulos, alhajas u objetos de gran valor pertenecientes al pasajero, que no hayan sido entregados en depósito" (art. 335).

El Convenio de Atenas de 1974 establece estos límites: 12.500 francos oro para el "equipaje de camarote"; 18.000 francos oro para el equipaje en bodega; 50.000 francos para vehículos, incluyendo al equipaje que lleven (art. 8º).

³ Un franco oro equivale a 65,5 miligramos de oro con ley de 900 milésimas (Convenio de Varsovia, art. 22, inc. 4º; Convenio de Atenas, art. 7º, inc. 1º).

⁴ La expresión peso argentino oro no resulta de la ley 1130, que menciona al "peso oro", pero es entendida como sinónimo de argentino oro; Ctes. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala I, L.L., 1985-A-438.

La limitación de la responsabilidad prevista por el artículo 175 de la ley 20.064 (hasta la concurrencia del valor del buque, los fletes o pasajes y los créditos nacidos durante el viaje), no rige si el capitán o un miembro de la tripulación actuaron "con intención de provocar el daño" o "conscientemente de que su conducta pudo provocarlo" (art. 181). Los topes indemnizatorios previstos por el Convenio de Atenas de 1974 no se aplican si los responsables obraron "con la intención de causar esos daños, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente causarían tales daños" (art. 13, 1er. párr.).

f) *Transporte multimodal*. En el Mercosur, el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional (Decisión del Consejo del Mercado Común 15/94) se aplica al "porte de mercaderías por dos modos diferentes de transporte, por lo menos" (art. 1, inc. a)). De él resulta una limitación cuantitativa: "salvo que la naturaleza y el valor de las mercaderías hayan sido declarados por el expedidor antes que el operador de transporte multimodal los haya tomado bajo su custodia, [...] el operador de transporte multimodal no será ni podrá ser tenido por responsable en ningún caso de la pérdida o el daño de las mercaderías por una suma que exceda del límite de responsabilidad que establezca cada Estado parte" (art. 13), salvo que el evento "se haya producido en una fase determinada del transporte multimodal respecto de la cual un convenio internacional aplicable o una ley imperativa en ese país establecieron otro límite de responsabilidad" (art. 15). La responsabilidad por el "retraso en la entrega" o por "cualquier pérdida o daños indirectos distintos de la pérdida o el daño de las mercaderías", tiene como límite el "equivalente al flete" (art. 16).

Conforme al Anexo I de ese Acuerdo, Argentina determina el límite "de 400 pesos argentinos oro por kilogramo del volumen o pieza afectada, o de 10 pesos argentinos oro por kilo del volumen o piezas afectadas, si este valor fuera superior".

g) *Transporte marítimo de materiales nucleares*. El Convenio de Bruselas de 1971 relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares (ratificado por ley 22.456) mantiene el régimen de limitación cuantitativa de la responsabilidad del artículo V, párrafo 1ro., de la Convención de Viena de 1963 (*supra*, punto e)).

h) *Fideicomiso*. La ley 24.441 dispone que, en el fideicomiso, la responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitida si "no pudo razonablemente haberse asegurado" (art. 14). Por lo cual, si no pudo tomar un seguro, su responsabilidad es limitada al valor de la cosa; pero si, pudiendo haberlo hecho, no lo hizo, esa limitación no rige.

II. PROYECTOS DE REFORMAS

La cuestión fue abordada en proyectos sectoriales de reformas, así como en proyectos de reforma integral del Código Civil.

a) *Proyectos sectoriales en materia de transporte terrestre.* En el Parlamento se tramitan dos proyectos de ley tendientes a limitar la responsabilidad por los daños resultantes —a pasajeros y a terceros— del autotransporte público de pasajeros. Uno, en la Cámara de Diputados de la Nación, suscripto por varios legisladores, encabezados por Edmundo del Valle Soria, que fue presentado el 25 de septiembre de 1996. Otro, en el Senado de la Nación, del doctor Eduardo Bauzá, que fue presentado el 7 de noviembre de 1996.

En el proyecto en trámite ante la Cámara de Diputados, en lo pertinente, se prevé: 1) Un tope legal, para "los daños a la persona de la víctima, incluido el agravio moral o los sufridos por terceros damnificados como consecuencia de su fallecimiento", equivalente a "un mil quinientos argentinos oro para muerte o incapacidad total, y proporcionalmente para daños inferiores" (art. 1°). 2) La posibilidad de exceder ese tope cuando "el daño sea imputable a dolo del dueño o guardián, o de sus dependientes" (art. 2°). 3) La posibilidad de que, por disposición del juez o a pedido del damnificado, la obligación resarcitoria sea sustituida por la de "contratar una renta vitalicia en aseguradoras habilitadas, cuyo valor actual será igual al resarcimiento impuesto" (art. 1°).

En el proyecto en trámite ante el Senado, en lo pertinente, se prevé: 1) La sujeción de la indemnización de los daños "ocasionados a la víctima, o los sufridos por terceros como consecuencia de su fallecimiento" (art. 1°) a "las tablas que establezca el Poder Ejecutivo Nacional", y a un tope legal "por todos los conceptos involucrados en la indemnización" equivalente a "un mil argentinos oro" (art. 3°), para los casos "de muerte o incapacidad absoluta" (art. 4°). 2) La posibilidad de exceder ese tope cuando el daño sea "imputable al accionar doloso del dueño o guardián de los automotores, o de sus dependientes" (art. 2°). 3) La posibilidad de que, a pedido del damnificado, la obligación resarcitoria sea sustituida por la de "contratar en compañías de seguro de retiro una renta vitalicia a favor del damnificado o sus derechohabientes" (art. 5°). 4) La creación de un fondo de garantía del seguro automotor (arts. 9 - 12).

Por otra parte, en el penúltimo considerando del decreto de necesidad y urgencia 260/97 —que dispone una ojetable moratoria a favor de las empresas de autotransporte público de pasajeros y sus aseguradoras⁴—, el Poder Ejecutivo anuncia su propósito de remitir al Parlamento

⁴ Alberdi, Atilio Aníbal, "Moratoria para los autotransportistas", *L.L.*, 1997-B-1293.

"un proyecto de ley tendiente a limitar el alcance de la responsabilidad civil contractual y extracontractual derivada de los daños a las personas y cosas, causados por vehículos afectados al autotransporte público de pasajeros en ocasión de la prestación de dicho servicio".

b) *Proyecto de Código Único de 1987*. El Proyecto de Código Único de 1987 —que fue sancionado por ley 24.032, a la que votó íntegramente el Poder Ejecutivo mediante decreto 2719/91— prevé un tope indemnizatorio para los casos en los que se aplica la responsabilidad objetiva, de 2.000 argentinos oro (art. 1113), equivalentes a alrededor de \$ 180.000.

c) *Proyecto de Código Civil de 1998*. El proyecto de reforma integral de los Códigos Civil y Comercial —redactado por la Comisión creada por decreto 685/96⁶— también ha regulado el tema.

Estos son los textos pertinentes, que han sido aprobados por la Comisión:

Artículo 1634.— Límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva. En los casos previstos por los artículos 1662, 1663 y 1665, la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil pesos (\$ 300.000) por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666.

El responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación:

a) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas.

b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo.

c) Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que interpelado el responsable, ponga a disposición de aquél esa indemnización dentro de los treinta (30) días.

d) Si se convino una indemnización mayor.

Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple.

⁶ Puso a cargo de esa Comisión Honoraria "el estudio de las reformas que considere necesarias a fin de dar conclusión a un texto homogéneo en todo el referido cuerpo legal"; a cuyo fin le incumbió: a) "proyectar la unificación del derecho privado y su reforma y actualización, de manera integral", en consonancia con los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1993; b) incorporar "las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país"; c) atender a la reforma de la Constitución Nacional de 1954, y a los Tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 23, Const. Nac.) en cuanto contienen "disposiciones relativas a materias de los derechos civil y comercial". La Comisión comenzó sus tareas el 1.º-VI-1995 y el proyecto fue firmado por los profesores Héctor Alegria, Jorge Horacio Altarini, María Jesús Mander Costa, Julio César Rivera, Horacio Reisman, y el que escribe.

Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial.

Artículo 1665. — Autorización al Poder Ejecutivo nacional. El Poder Ejecutivo nacional queda autorizado para aumentar la cantidad indicada en el artículo anterior, teniendo en cuenta el poder adquisitivo del dinero y la situación económica general.

Artículo 1662. — Cosa riesgosa. Se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias calidades, o por las circunstancias en que es utilizada.

Artículo 1663. — Supuestos comprendidos. Están comprendidos en el artículo anterior los residuos industriales actual o potencialmente peligrosos, y los radiactivos. Se considera guardián de tales residuos, en los alcances del artículo 1664, a quien tiene a su cargo su generación, manipulación, transporte, o tratamiento y disposición final.

Artículo 1664. — Sujetos responsables. El guardián es responsable del daño causado por la cosa riesgosa. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, un poder de hecho sobre la cosa, o se sirve de ella.

El dueño responde concurrentemente si se ha desprendido voluntariamente de la guarda y la cosa es usada conforme a su voluntad expresa o tácita.

Artículo 1665. — Actividad especialmente peligrosa. Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve o obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves.

Queda a salvo lo dispuesto por la legislación especial.

Artículo 1666. — Liberación del sindicado como responsable. Quien está sujeto a responsabilidad conforme a los artículos 1662, 1663 y 1665 sólo se libera de ella, total o parcialmente, si prueba que la causa del daño es la culpa del damnificado.

No son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena.

Entre las modificaciones legislativas contempladas en el Proyecto se prevé:

Artículo 11. — Sustitúyese el artículo 118 de la ley 17.418, por el siguiente:

Artículo 118. — Acción directa del asegurado. En los seguros por responsabilidad civil el damnificado tiene acción directa contra el asegu-

rador. Son competentes los tribunales del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.

Época del pago. El artículo 49 se aplica a los seguros por responsabilidad civil. Si el asegurador no pone la indemnización a disposición del damnificado en las oportunidades allí establecidas, queda obligado a pagarle intereses resarcitorios calculados al doble de su tasa, sin perjuicio de sus otras responsabilidades.

Citación de terceros. En el plazo para la contestación de la demanda, pueden ser citados como terceros reconvivantes, el responsable civil por el asegurador, y el asegurador por el asegurado.

Cosa juzgada. La sentencia será ejecutable contra el asegurador en la medida del seguro. En el juicio, o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer contra el damnificado las defensas nacidas después del siniestro, sin perjuicio de su acción de regreso contra el asegurado.

Privilegio del damnificado. El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o liquidación.

III. LAS ARISTAS DEL DEBATE

La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil es generalmente aceptada por la doctrina nacional⁷, y tuvo acogida en numerosos congresos jurídicos en los que fue tratada la cuestión.

⁷ Llamblán, Jorge J., proyecto de despacho en la Comisión 6 del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1969; *Actas del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. I, Córdoba, 1971, pág. 408; Brebbia, Roberto H., *ibid.*; Moussat de Espanola, Luis, *Estudios de Derecho Civil, Cursos y Ponencias*, Córdoba, 1982, pág. 89; López Cabana, Roberto M., "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", en Alterini, Attilio A. - López Cabana, Roberto M., "Las formas de Responsabilidad Civil" Buenos Aires, 1985, pág. 133, ap. 11; "Módulo" de Estrella Gutiérrez, Graciela M., *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*, 1ª ed., Buenos Aires, 1989, pág. 169; Lombardi, César A., "Limitación de la responsabilidad objetiva", ponencia presentada en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, junio de 1990); Ghersi, Carlos A., op. cit. en nota 15; Rivera, Julio César (h), "Responsabilidad civil y economía", *Compass*, año IV, nro. XIV, mayo 1997, pág. 39, ap. 4; Videla Escudé, Federico, "Los topes indemnizatorios en el derecho aeronáutico", en *Responsabilidad por Datos en el Tercer Milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 286, ap. 11; Ray, José D., "Topes indemnizatorios en el derecho marítimo", *ibid.*, pág. 294, ap. VIII; Alterini, Attilio A., *México, Enriquecimiento sin Causa, Responsabilidad*, Buenos Aires, 1971, pág. 63, nro. 31. Para el daño moral: Zavala de González, Matilde, "¿Cuánto por daño moral?", *J.A.*, 1987-III-222. Para determinados supuestos: Orgaz, Alfredo, *Lo Cívico*, Buenos Aires, 1970, pág. 188; Pizarro, Ramón D., *Daño Moral*, Buenos Aires, 1996, pág. 352, nro. 63. Para el daño ambiental: Segal, Adela - Arsenábar, María del Pilar - Juguán, María Belén, "Los daños ambientales", ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995). Para el transporte en general: Zucchi, Hector A.,

En términos generales, los encuentros de juristas propician "el seguro obligatorio para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de pronto pago" y, consecuentemente, "a fin de facilitar" la aplicación de ese régimen, que sean establecidos "criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo"⁸. En especial, se requiere el seguro forzoso para los daños causados por automotores, y la consiguiente tarificación de la responsabilidad, "sin perjuicio de que la víctima pueda pretender la diferencia hasta lograr la reparación plena por la acción común que pudiese corresponder"⁹; así como "para la efectiva tutela de los derechos de los consumidores", con un límite para "la responsabilidad, sin perjuicio de su ampliación en caso de incidir un factor subjetivo"¹⁰. La necesidad de poner topes a la indemnización, a fin de posibilitar los seguros forzosos para los daños causados por automotores y por productos de consumo, ha sido reiterada en otras jornadas¹¹.

El tema está maduro para que sean adoptadas las soluciones legales pendientes: se viene propiciando "un debate acerca de la limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva que, entre otras cuestiones, tenga en cuenta la actual situación socioeconómica del país, el costo de los accidentes, la duración de los litigios y la necesidad de proveer al pronto pago de la indemnización"¹², y se aconseja analizar, en una futura refor-

"Transporte multimodal", L.L., 1993-C-925, ap. V; "Análisis del Proyecto de ley aprobado por el Senado de la Nación", en Zucchi, Héctor A. et al., *Transporte Multimodal*, Buenos Aires, 1997, pág. 113, nro. 29. Como corolario del seguro forzoso: Morello, Augusto M., "Las reformas al Código Civil en materia de responsabilidad extrcontractual y su incidencia en el contrato de seguro", *Revista de Derecho de Seguros*, nro. 1, La Plata, 1971, pág. 14; Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil en el anteproyecto de ley de unificación de la legislación (civ) y comercial de la Nación", L.L., 1967-C-693, ap. 4; Parellada, Carlos A., "El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales", L.L., 1967-D-977, ap. 3-B; Stiglitz, Rubén S., "Seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor", *Revista de Derecho de Seguros*, año I, nro. 3, La Plata, 1971, pág. 28; "Bases para una ley común panamericana sobre seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor", *Revista de Derecho de Seguros*, nro. 3, La Plata, 1971, pág. 31; *Derecho de Seguros*, T. II, Buenos Aires, 1997, nro. 672, pág. 404; Stiglitz, Rubén S. - Stiglitz, Gabriel A., *Seguro Automotor Obligatorio*, Buenos Aires, 1999, pág. 15; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *op. cit.*, pág. 268. Como corolario del seguro forzoso en los "daños calamitosos o catastróficos": Bustamante Alsina, Jorge H., "Algunas aclaraciones críticas al proyecto de unificación legislativa civil y comercial", L.L., 1967-E-863 (esp. pág. 867).

⁸ VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1994).

⁹ Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1985, Tema A-11).

¹⁰ IV Jornadas Boplatenses de Derecho (Punta del Este, 1986, Comisión D).

¹¹ II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro (Mar del Plata, 1992, Comisión 3).

¹² Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990).

ma, la conveniencia de incorporar a la ley "un tope máximo al resarcimiento en la responsabilidad objetiva"¹³.

Como se advierte, los criterios dominantes siguen esta cadencia argumental: en las actividades de alta siniestralidad en las que rigen factores de atribución objetivos, el seguro debe ser forzoso, para lo cual corresponde limitar cuantitativamente la responsabilidad, sin perjuicio de la ampliación del monto indemnizatorio hasta la reparación plena en caso de concurrir un factor de atribución subjetivo. Además de la limitación cuantitativa de la responsabilidad ha sido sugerida su tarifación, que implica determinar qué porcentaje de incapacidad produce cada uno de los daños sufridos, como lo hizo, en materia laboral, el decreto del 14 de enero de 1916, reglamentario de la ley 9.688, y resulta actualmente de la tabla de evaluación de incapacidades laborales del decreto 669/96 reglamentario de la Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.537, y de las normas para la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez del decreto 1290/94, reglamentario del artículo 52 de la ley-24.241.

En apoyo de las limitaciones cuantitativas de la responsabilidad se sostiene que "tienen su sentido y proyección, pues permiten operar al agente económico con certidumbre en la generación de costos/tasa de ganancias", mientras que el régimen actual "atenta y desequilibra el sistema"; por otra parte, el damnificado "deberá afrontar también riesgos que el hombre común asume", los cuales no se ven reflejados en los fallos judiciales, pues "pareciera que se hicieran en un sistema económico teórico ideal"¹⁴.

Los criterios de limitación cuantitativa de la responsabilidad tienen, además, el apoyo de la doctrina extranjera más moderna y prestigiosa¹⁵.

¹³ VIII Encuentro de Abogados Civilitas (Santa Fe, 1994).

¹⁴ Ghersi, Carlos A., "La disfunción social del sistema de reparación de daños", L.L. 1992-D-430, nota. V. Este autor, en las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989) señaló, respecto de la reparación integral, que "procederá siempre y cuando dicha indemnización integral satisfaga una función social".

¹⁵ François Virey, Geneviève, *Introduction à la Responsabilité*, 2^a ed., Paris, 1986, nro. 65, pág. 108; *La Responsabilité Effets*, Paris, 1988, nos. 25 y sigs., págs. 36 y sigs.; Tunc, André, "Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit compare", en *Développements Recents du Droit de la Responsabilité Civile*, Zurich, 1991, págs. 21-40; España: Fernández Martín Granizo, Mariano, *Los Daños y la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Positivo Español*, Pamplona, 1972, pág. 172; De Angel Yáñez, Ricardo, *Algunas Precisiones sobre el Futuro de la Responsabilidad Civil (Con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1996, pág. 114; Pantaleón Prieto, Fernando, "Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", citado por De Angel Yáñez, R., *op. cit.*, pág. 170; Suiza: Nicole, E., "Le point de vue du magistrat civil", en *Droit Privé et Affaires Sociales, Fribourg*, 1990, págs. 197-204, citado por De Angel Yáñez, Ricardo, *op. cit.*, pág. 138; Derecho sajón: Sun, B., "Civil Liability for Injurious Consequences of Potentially Hazardous Activities: the Need for Uniform Law", *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, vol. 1, 1985-3, Berna, 1986, pág. 483.

Ahora bien. Es posible discrepar acerca de muchas cuestiones, y de distintas maneras. Si uno cree que hoy es lunes, y el otro cree que hoy es martes, hay un sencillo desacuerdo de creencia que deriva de una diferente información; basta con preguntar a un tercero, fijarse en el copete del diario, mirar un reloj con calendario. Pero si uno prefiere algo, aspira a algo, tiene interés en algo, y el otro no, entre ambos hay un desacuerdo de actitud. Este tipo de discrepancia, que no es meramente técnica sino que ingresa en el terreno de lo subjetivo, es habitual entre los hinchas de fútbol cuando discuten sobre los méritos de los equipos de su afición. El debate sobre la limitación cuantitativa de la responsabilidad civil suele desarrollarse en el ámbito de los desacuerdos de actitud, que contienen "una alta dosis de carga emotiva"¹⁶, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque se supone que perjudica a las víctimas; en segundo, porque viene encajado en el cuestionamiento de una concepción perversa del mercado.

IV. CATÁLOGO DE OBJECIONES

Las objeciones a la limitación cuantitativa de la responsabilidad han sido expresadas a veces con mucho énfasis.

Sobre ellas, es de señalar, antes que todo, que se suele entender la reparación integral en una de sus acepciones, la de reparación total, esto es, de todo el daño, lo cual no resulta posible: lo integral, en el caso, es la reparación en otra de sus acepciones, la de reparación global, vale decir, la que "toma en conjunto" a los daños que el sistema admite como reparables; es preferible, pues, reemplazar aquella expresión por la de reparación plena. Pero se trata de la plenitud propia de cada uno de los ordenamientos jurídicos singulares, porque los sistemas tienen sus reglas específicas para asignar responsabilidad a uno o a otro sujeto; para excluir el derecho a la reparación, en el todo o con relación a ciertos daños; para negar legitimación a algunas víctimas; para modular los factores de atribución y las causas de irresponsabilidad; para mitigar la reparación, etcétera¹⁷.

Los ordenamientos jurídicos, sin excepción alguna, limitan cualitativamente la indemnización¹⁸, las disposiciones pertinentes están en ellos desde siempre, las hemos aceptado —o, por lo menos, tolerado—, pero la

¹⁶ Sobre los desacuerdos de actitud, Carró, Gerardo R., *Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, 1990, pág. 110, quien cita a Ch. L. Stevenson.

¹⁷ Alterari, A. A., *La Limitación...*, cit., Capítulo I.

¹⁸ Alterari, A. A., *La Limitación...*, cit., nos. 24 y sigs.

cuestión se agita cuando se sugiere limitarla también cuantitativamente. En el debate no puede ser pasado por alto que los topes indemnizatorios están incorporados al Código Civil (*supra*, nro. 1), ni que dichos topes indemnizatorios son corrientes en el derecho comparado¹⁸.

La responsabilidad objetiva derivó de la "dificultad de la reconstrucción de la acción humana" y de "la existencia de daños anónimos y estadísticamente previsibles"¹⁹. Y la limitación cuantitativa de la responsabilidad en esa área ha sido justificada como contrapartida del deber de resarcir el daño que se impone a quien lo ha causado sin culpa: la atribución objetiva favorece a la víctima, pues facilita la actuación de su derecho pero, a cambio, se le pone un techo a su indemnización²⁰, a fin de que "las cargas no pesen íntegramente sobre ninguno de los dos sujetos"²¹.

Por otra parte, la limitación cuantitativa de la responsabilidad no afecta en su esencia ni al derecho de propiedad, ni al derecho de la persona, ni a la igualdad, ni al derecho a la jurisdicción: -

a) El derecho de propiedad del damnificado (su crédito indemnizatorio) es, en definitiva, el que le asigna la ley. Los topes indemnizatorios son una cuestión atinente a la política jurídica²², porque no se discute que "el Derecho puede limitar o restringir el contenido normal del daño", y "este límite puede consistir en una cifra dineraria fijada por la ley"²³, aplicando un criterio mediante el cual "la 'lotería forense' es sustituida por la intervención legislativa"²⁴.

b) El derecho de la persona lesionada injustamente siempre es reparado de manera necesariamente incompleta y forzosamente distorsionada: el equilibrio entre el dolor y el dinero, entre la frustración del goce de bienes de la vida y el dinero, entre la pérdida de un brazo y el dinero, es sólo una estimación racional —que se condice con el ser de las cosas—, determinada por la imposibilidad de procurar el restablecimiento al

¹⁸ Alterini, A. A., *La Limitación...*, cit., nro. 48.

¹⁹ Rodeta, Stefano, "La responsabilit  civile e i suoi criteri", en Zatti, Paolo - Alpa, Guido, *Lettere di Diritto Civile*, Padova, 1990, pág. 601.

²⁰ Acosta Anzorrena, Arturo, "Estado actual de la doctrina en materia de responsabilidad civil extracontractual", en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, La Plata, 1963, pág. 35, con apoyo en René Demogue y Joseph Charrasat. Para el derecho del trabajo, Devesh, Mario, *Licenciamientos de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1988, pág. 41. Conf. Larroumet, Christian, *Réflexions sur la Responsabilit  Civile. Evolution et Problemes Actuels en Droit Compar *, Montréal, 1983, pág. 71.

²¹ Meussel de Espanés, L., *Estudios...*, cit., pág. 89.

²² Roujou de Beaub e, Marie-Eve, *Essai sur la Notion de Reparation*, Paris, 1974, pág. 313.

²³ De Cupis, Adriano, *El Daño*, trad. A. Martínez Serr as, Barcelona, 1978, pág. 414, ars. 61.

²⁴ Alpa, Guido, *Compendio del Nuovo Diritto Privato*, Torino, 1988, pág. 411.

afata quo ante el daño por otros medios²⁶. La manera idónea de proteger el derecho de la persona es evitar a toda costa que sea lesionado, lo cual constituye materia específica de la prevención.

Los límites cuantitativos, en definitiva, sólo vienen a agregarse a otros que ya existen en el sistema, que son propios de su estructura, y con los cuales convivimos más o menos en paz.

c) Los límites cuantitativos tampoco ponen en compromiso la igualdad, pues las categorías que actualmente abarcan no resultan haber sido establecidas con efectos discriminatorios. No será el mismo caso, ciertamente, si son llevados adelante los proyectos de limitar cuantitativamente la responsabilidad, pero sólo a favor de la actividad de autotransporte público, tanto para las relaciones con sus pasajeros como para los accidentes de la circulación en los que intervengan vehículos afectados a ese servicio.

d) En fin, los límites cuantitativos de la responsabilidad tampoco equivican a la jurisdicción judicial. Por lo pronto, porque los jueces deben aplicar las leyes (art. 15, Cód. Civ.), y es competencia del legislador regular los alcances de la responsabilidad (art. 75, inc. 12, Const. Nac.; *supra*, a), como lo ha hecho hasta ahora, tanto en cuanto a sus límites cualitativos como a los cuantitativos; y, si bien el derecho a la indemnización emana de la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional²⁷ —y, seguramente, del art. 33—, los poderes reglamentarios del legislador sólo tienen como límite la razonabilidad y la adecuación a un cierto sentido de justicia (art. 28, Const. Nac.²⁸). Por otra parte, la indemniza-

²⁶ La función de satisfacción del dinero consiste "en que el juez concede al demandante una suma de dinero en vista de la lesión de su derecho por parte del demandado, no como equivalente en sentido económico [...] sino como satisfacción de un sentimiento jurídico lesionado, como equivalente por el perjuicio causado en sus intereses no económicos". Ihering, Rudolf von, "Del interés en los contratos", en *Tres Estudios Jurídicos*, trad. A. González Posada, Buenos Aires, 1950, pág. 23.

²⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación predica que "el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental)" autos "Santacoloma, Luis Federico v/E.F.A.", sentencia del 2-VIII-1946, *Fallos*, 308:1167, E.D., 129-651, considerando 7°. En autos "González, Fernando Raúl v/ Estado Nacional", sentencia de la misma fecha, *Fallos*, 308:1139, considerando 14, *in fine* allí "el principio del *alterum non laedere*, intrínsecamente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades correspondientes no los arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino consuetudinario en los arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica". Vid. Leonardi de Herbon, Hebe M., "La regla *alterum non laedere* en el Derecho Constitucional", en *Actas del IV Congreso Argentino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *Responsabilidad Civil*, *Memorias al Profesor Doctor Aníbal H. Goldenberg*, Buenos Aires, 1959, pág. 88.

²⁸ Vid. Biffaré Campos, Germán J., "Principios constitucionales del derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis", *T y S. S.*, 1961-62.

ciones están sujetas a la autonomía de la voluntad pues, en general, pueden ser convenidas por los interesados²⁹, transadas (art. 842, Cód. Civ.) y sometidas a arbitraje (art. 763, Cód. Proc.) o a juicio de peritos (art. 57, ley 17.418), y están alcanzadas por la mediación obligatoria (arts. 1° y 2°, ley 24.573).

Es cierto que, si la ley tarifa el daño mediante baremos fijos, la tarea judicial de alguna manera se desluce. Pero no lo es menos que los regímenes que los establecen dejan márgenes para aplicarlos al caso conforme a lo que sea justo. De cualquier manera, es preciso aclarar debidamente que, en este trabajo, no propicio el tarifamiento del daño, sino únicamente la limitación cuantitativa de la responsabilidad.

Por lo demás, como no se trata de la reparación automática del daño por un monto prefijado, el tribunal tiene que resolver antes que todo si el demandante está legitimado para reclamar la indemnización de los daños que pretende y si el demandado es responsable o no lo es, establecer después la extensión de su deber de reparar conforme a las reglas de la causalidad adecuada y, recién al final, aplicar el límite cuantitativo y, en su caso, los baremos. Asimismo, como el derecho indemnizatorio de todos los damnificados, directos e indirectos, debe ser satisfecho con un monto máximo, también incumbe al tribunal precisar en qué proporciones concurren unos y otros sobre ese monto.

el Disminuir la litigiosidad es un *desiderátum*. Pero también lo es, y fundamentalmente, que existan los mecanismos legales necesarios para que las víctimas cobren, rápida y efectivamente, una indemnización razonable y predecible: "las partes debieran poder predecir con cierta medida de exactitud el monto que probablemente será sentenciado en un caso particular, para que los casos puedan ser arreglados pacíficamente y no llevados al tribunal, lo cual satisface al bien público"³⁰. Al igual que los contratos, los acuerdos privados extrajudiciales referidos a la indemnización tienen "una condición necesaria para el éxito, que es llegar a un monto, con el cual ambas partes concluirían que el acuerdo incrementaría su bienestar" y, "por lo tanto, las negociaciones de arreglo fracasarán, y sobrevendrá el litigio, sólo si el mínimo monto que el acreedor está dispuesto a aceptar para transar su reclamo, es mayor que el máximo monto que el deudor está dispuesto a pagar para satisfacer ese

²⁹ No obstante, están prohibidas ciertas cláusulas: la dispensa anticipada del dolo (art. 827, Cód. Civ.); las cláusulas limitativas de responsabilidad en la hotelería (art. 1232, Cód. Civ.); el transporte terrestre (arts. 162 y 164, Cód. Com.); la ruina de obra (art. 1646, Cód. Civ., según ley 17.711); el transporte por agua (ley 20.094, arts. 280 y 346); el transporte aéreo (art. 146, Cód. Aeronáutico); los infernales laborales (ley 24.557, art. 11, inc. 1°).

³⁰ Lord Denning, en "Ward vs. James" (1966) 1 QB 213 299.

reclamo³¹. "Es preciso, antes que todo, que los riesgos sean atribuidos claramente, a fin de que ninguna de las partes de que se trata tenga sorpresas"³². Cuando una de las variables del conflicto —el monto máximo del reclamo del damnificado— resulta del tope cuantitativo, sólo queda en discusión si el responsable se aviene a pagarlo, y ello, indudablemente, hace más fácil que se llegue al acuerdo extrajudicial.

En síntesis, los topes indemnizatorios, articulados con el seguro y con arbitrios de pronto pago, no generan, por sí, una litigiosidad mayor. Por lo contrario, la disminuyen.

Es verdad que se da lugar a una controversia judicial cuando el sistema admite que el tope indemnizatorio pueda ser excedido si el responsable actuó sin diligencia, o que la indemnización sea menor si la víctima incurrió en cierto modo de culpabilidad³³, pero la posibilidad de esa controversia existe también en los casos en que la indemnización es plena: cuando la responsabilidad se asienta sobre el factor de atribución subjetiva, la discusión sobre la existencia o inexistencia de culpa es inexcusable; y, cuando se apoya sobre el factor de atribución objetiva, siempre está abierta a debate la incidencia de una causa ajena (según los casos, culpa o hecho de la víctima, culpa o hecho del tercero, caso fortuito o fuerza mayor genéricos o calificados, causas ajenas calificadas, etc.)³⁴.

Por cierto, hay sistemas en los cuales la litigiosidad es mínima, o nula: uno es el de la seguridad social, muy diverso del régimen de la

³¹ "Por ejemplo, si el acreedor no quiere arreglar por menos que \$ 10.000 y el deudor no quiere arreglar por más de \$ 5.000, las negociaciones fracasarán" Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Boston/Toronto, 1986, § 21.3, pág. 523.

³² Turc, André, "Rapport de synthèse générale", en *La Responsabilité des Fabricants et Distributeurs*, Paris, 1978, pág. 410.

³³ Álvarez, Gladys S. - Gregario, Carlos G. - Highton, Elena E., "Limitación de la responsabilidad por daños. Un enfoque socio económico", L.L., 1997-C-1048, sostienen que los topes indemnizatorios darían lugar a "un traslado de la litigiosidad por montos a los incrementos de la litigiosidad sobre la atribución de responsabilidad", pero entienden —con razón— que "los riesgos de una conducta delictiva no pueden ser transferidos" a la víctima (ap. IV), aunque, en tal situación, la litigiosidad "para establecer una conducta intencional" se incrementa (ap. III). Por otra parte, también admiten que "la litigiosidad que surge de cuestionar la culpa o participación de la víctima es reducida" (ap. I).

³⁴ Vid. desarrollo de la cuestión en Altieri, Adlio A., "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", L.L., 1988-B-247, y en Altieri, Adlio A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992, pág. 135; "El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual", *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, ser. 1, Buenos Aires, 1990, pág. 35, y en *Derecho de Daños*, cit., pág. 153; "La presunción legal de culpa como regla de favor victimas", en Buenos, Alberto J. (dir.), *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alzueta*, T. 1, Buenos Aires, 1990, pág. 126. Altieri, Adlio A. - López Cabana, Roberto M., "Carga de la prueba en las obligaciones de medios (Aplicación a la responsabilidad profesional)", L.L., 1989-B-943, y en *Derecho de Daños*, cit., pág. 271.

responsabilidad civil pues, "muy inteligentemente, ha atenuado el principio de una indemnización 'integral' en beneficio de una indemnización general". Sólo en la seguridad social, al estilo de la *Accident Compensation Act* neozelandesa de 1974 —en la cual hay límites cuantitativos, y el Estado toma a su cargo la cobertura de las víctimas no satisfechas por los fondos—, la indemnización es pagada sin dilaciones, sin cuestionamientos, y sin posibilidad de controversia judicial alguna, porque no está sujeta a los vicisitudes de la responsabilidad civil. La contracara es que la seguridad social sólo otorga "prestaciones mínimas, pues no se debe confundir solidaridad con igualdad", a las "que el rico paga por el pobre, y el soltero por el encargado de familia numerosa"²⁶; es, de alguna manera, el caso de la Ley de Seguro Nacional de Salud, 23.661, que se propone "procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país" (art. 1°), a través de un "servicio de asistencia social de interés público" (art. 33) con alcances de "seguro social" (art. 1°) y con "un criterio de justicia distributiva" (art. 2°), mediante un fondo al que aportan, fundamentalmente, las obras sociales y el Estado (art. 21).

La seguridad social, ha dicho Tunc, "es la respuesta, no sólo la más moderna sino también la más racional y la más práctica [...], a este fenómeno tan fundamental del accidente"²⁷, agregando que ella "no permite que un hombre sea dejado en el desamparo", que "a toda víctima de accidentes deben serle asegurados los cuidados y un mínimo de recursos", que "no hay razón para tratar mejor a quien cae bajando de una acera que a quien toma frío y contrae una pleuresía", y que "por lo tanto, la protección del hombre debe ser asegurada contra esta clase de accidentes en un marco de seguridad social"²⁸.

Pero ese género de ideas no es actualmente viable entre nosotros. Como están las cosas, los pleitos sólo pueden ser evitados, y los engorros judiciales pueden ser soslayados, si la víctima cobra, con certeza, prontamente, y sin zozobras, cierta indemnización; y los límites cuantitativos coadyuvan apropiadamente a este propósito.

²⁶ Tunc, André, *La Responsabilité Civile*, Paris, 1981, pág. 147, nro. 176.

²⁷ Lambert-Faivre, Yvonne, *Droit des Assurances*, 9° ed., Paris, 1993, pág. 17, nro. 21. En el sistema neocelandés, la indemnización por daños no económicos tiene un máximo equivalente a US\$ 12.500; Alpa, Guido, *Compendio del Nuovo Diritto Privato*, Torino, 1985, pág. 446, nota 75.

²⁸ Tunc, André, *La Responsabilité...*, cit., pág. 83, nro. 89.

²⁹ Tunc, André, "Responsabilité, assurance et solidarité sociales dans l'indemnisation des dommages" en *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit Comparé de Paris*, vol. XXXIII (VIII Congrès International de Droit Comparé, Pescara, 1978, Contributions françaises). *Études de Droit Contemporain (Nouvelle série)*, Paris, pág. 67, nro. 24.

Otro sistema de liquidación rápida del daño es el adoptado por la ley de infortunios laborales 24.557: el empleador toma un seguro (art. 3º), que tiene el respaldo de un fondo de garantía (art. 33), y de tal modo se "exime" de la responsabilidad personal por accidentes del trabajo y por enfermedades profesionales, salvo que haya actuado a sabiendas y con intención de dañar al trabajador (arts. 6º y 39, inc. 1º). Uno de los objetivos del sistema es "reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos del trabajo" (art. 1º, inc. 1º-a), y arts. 4º y 5º) pero, desde que el empleador no está precisado a asumir responsabilidad personal alguna frente a la víctima cuando desatiende las normas de seguridad, en los hechos, el cumplimiento de los deberes de diligencia para evitar daños suele relajarse, y ello afecta a su eficiencia (ver ap. sig.).

V. CRITERIOS DE SOLUCIÓN

La limitación de la responsabilidad, en definitiva, es un tema de política jurídica. Hoy resulta corriente en el discurso de los juristas procurar dar auxilio a la decisión política mediante la teoría económica, para fundamentar conceptualmente el funcionamiento del sistema jurídico, y establecer "qué decisiones económicas han determinado la introducción de los principios jurídicos, o qué efectos jurídicos tienen los principios vigentes", así como "poner a punto instrumentos económico-jurídicos integrados, que pueden ser utilizados por los responsables políticos cuando se presente la necesidad de opciones de gran relevancia social, que exijan la consideración de complejas series de variables"³⁹. La referida teoría económica tiene como eje el principio de eficiencia, que tiende a optimizar los recursos, y lograr, con costos menores, beneficios mayores.

No hay acuerdo sobre la eficiencia o ineficiencia de los límites cuantitativos de la responsabilidad. Para afirmar su ineficiencia se sostiene que los topes indemnizatorios implican "una transferencia de riesgos a la víctima"⁴⁰. Pero, en sentido conceptual inverso, se arguye que atribuir injustificadamente el deber de reparar el daño ajeno "sería como imponer un tributo por vía analógica"⁴¹.

Tampoco lo hay respecto del seguro. Algunos sostienen "que un seguro directo sobre la vida y contra los accidentes, o todavía un seguro de

³⁹ Radetz, Stefano, Prólogo a Calabresi, Guido, *Costo degli Incidenti e Responsabilità Civile. Analisi Economico Giuridica* (trad. italiana de *The Cost of Accidents*, New Haven - London, 1970), Milán, 1975, pág. VIII.

⁴⁰ Álvarez, Gladys S. - Gregorio, Carlos G. - Nighton, Elena I., *Limitación...*, cit., Cap. IV.

⁴¹ Ferrioli, Paolo, *Responsabilità Civile*, Padova, 1983, pág. 80, nra. 6.11.

daños patrimoniales, tomado por la víctima potencial, sería una solución oportuna en numerosos casos⁴², pues este *first party insurance*, "dejado a la libre iniciativa de la víctima, presenta la ventaja de la flexibilidad, pudiendo ser modulado el grado de protección según la necesidad de seguridad de cada uno"⁴³. Otros entienden que es eficiente el seguro de responsabilidad civil (*third party insurance*)⁴⁴. Otros, que ambos podrían ser ineficientes⁴⁵.

Pero el análisis del costo-beneficio para adoptar una decisión de política jurídica no puede resultar sólo de la ecuación de ganancias y de pérdidas económicas, individuales o sociales. "Una pérdida de belleza natural" no puede ser medida en dinero, y "la posibilidad de valorar el resultado del costo-beneficio respecto de otros objetivos siempre está abierta para quien debe decidir", incluso "de modo que tenga en cuenta alguna concesión de justicia o equidad", y quien está precisado a "tomar la decisión debe tener cuidado de controlar si han sido evaluados todos los costos y los beneficios"⁴⁶. Pero, claro está, "el sistema jurídico no puede cubrir, en general, todos los objetivos", por lo cual "puede hacerse preciso conciliar el objetivo de propiciar la eficiencia y el de propiciar la equidad"⁴⁶.

Los topes indemnizatorios sirven para instar a que quienes realizan actividades que tienen aptitud para causar daños tomen seguros de responsabilidad civil. También se considera que optimizan el precio de las primas: en la Exposición de Motivos de la Ley Modelo Uniforme estadounidense para daños al consumidor del año 1979 se expresó que la incertidumbre acerca de los montos resarcitorios suele ser alegada por los aseguradores "para justificar el establecimiento de tasas que, en realidad, pueden no reflejar el riesgo objetivo".

En el mercado de seguros, en la denominada póliza por responsabilidad civil menor para vehículos particulares (res. gral. S.S. 19.498) —usada para vehículos antiguos— los límites de la cobertura son de \$ 100.000 para daños personales, de \$ 30.000 para daños materiales, y de \$ 200.000 para la totalidad de los reclamos, y el precio final para el asegurado (premio) es de \$ 330 anuales. En la póliza por responsabilidad civil mayor

⁴² Jourdain, Patrice, *Les Principes de la Responsabilité Civile*, Paris, 1992, pág. 21.

⁴³ De Trazegnies, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, T. II, Liriat, 1988, págs. 165 y sigs., nota. 430 y sigs.

⁴⁴ Calabresi, Guido, *El Coste de los Accidentes*, trad. J. Bisbal, Barcelona, 1984, pág. 284.

⁴⁵ Desgupta - Pearce, *Análisis Costi-Beneficio*, citado per Alpa, Guido - Bonozzi, Mario, *La Responsabilidad Civile*, Vol. II, Milano, 1993, págs. 168 y 167.

⁴⁶ Mitchell Polinsky, A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, trad. J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, 1985, pág. 137.

(res. gral. S.S. 22.187) —que es la más común—, la cobertura llega a un total de \$ 3.000.000, y el premio es de \$ 600. Ello significa que un aumento de quince veces de la cobertura incide en el precio en menos del doble, porque la siniestralidad efectiva está concentrada en rangos bajos, y la compañía aseguradora suele tomar un reaseguro a partir de \$ 200.000. En los seguros para el transporte público de pasajeros (res. gral. S.S. 24.833), en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires, con una cobertura total de \$ 10.000.000, el premio es de \$ 7.900 anuales, que se reducen a \$ 3.950 si se pacta una franquicia de \$ 40.000⁴⁷.

De lo cual se sigue que el tope cuantitativo de la responsabilidad no necesita ser exiguo para que el seguro por responsabilidad civil pueda ser tomado sin costos prohibitivos. El valor de la prima tiene relación con la franja indemnizatoria en la que se concentra la siniestralidad, porque las indemnizaciones mayores son reaseguradas, y el costo del reaseguro no se relaciona directamente con el monto de la cobertura que excede esa franja de concentración.

Los topes cuantitativos son asimismo eficientes cuando no funcionan como un techo inesorable para la indemnización, porque en tal situación puedan ser combinados con mecanismos de prevención, satisfaciendo de ese modo la importante función del sistema de la responsabilidad civil de evitar la producción de daños.

Inversamente, la incertidumbre en cuanto a los montos indemnizatorios es, sin dudas, económicamente ineficiente en términos de la teoría del mercado, porque "la seguridad jurídica, al condicionar las decisiones de los agentes, se relaciona con la competitividad"⁴⁸. ¿Qué grado de certeza pueden tener los justiciables, es decir, tanto la víctima como el responsable, con disposiciones como ésta, que pertenece al novísimo Código Civil holandés de 1992?: "el juez evalúa el daño de la manera que mejor corresponda a su naturaleza" (Libro 6, art. 97), y el daño extrapatrimonial, "según la equidad" (art. 106.II. En la realidad de las cosas, los daños son compensados "demasiado a menudo de un modo arbitrario, quizá caprichoso. La gente recibe sumas globales en vez de los pagos que necesita. Y suele recibir su dinero mucho después del accidente. Además, el talento de los abogados, el comportamiento de los actores, la firmeza de los demandados, y la idiosincrasia de la composición de los jurados, se combinan para entregar a víctimas similares resultados por completo desiguales"⁴⁹.

⁴⁷ Las referencias técnicas en fueros suministradas por el director académico de la Asociación Argentina de Productores-Asesores de Seguros, licenciado Jorge M. Castro.

⁴⁸ Boza Scotta, María E., "Riesgo, seguridad y competitividad. Las perspectivas de la empresa", en Boza, María E. - Pérez Perdomo, Rogelia (comp.), *Seguridad Jurídica y Competitividad*, Caracas, 1998, pág. 27.

⁴⁹ "Spartan Steel and Alloys Ltd. vs. Martin & C^o (Contractors) Ltd.", 1973 1 QB 27, 37.

VI. LA IMPRONTA ECONÓMICA

Buena parte del apoyo a la limitación cuantitativa de la responsabilidad civil resulta de dos razonamientos mezquinos: que disminuye los costos, y que es coherente con la necesidad de apoyar el desarrollo económico.

Pero la economía es una ciencia que enlaza en el marco de la ética; los razonamientos éticos, por lo tanto, son propios de los economistas apropiadamente dichos. No es posible tolerar, pues, que los economistas —que son a la economía lo que los científicos a la ciencia, y sólo se preocupan por el lucro, desatendiendo toda consideración axiológica—, hagan triunfar sus puntos de vista arrasando a la justicia.

La preocupación por los costos en el mundo de los negocios es plenamente comprensible. La formación del precio depende de ellos, en cuanto inciden como mano de obra, insumos, amortizaciones, tributos y, en lo que atañe al tema, como costo de la indemnización de accidentes. Cuanto menor sea el monto indemnizatorio, menor será el costo empresarial.

Pero no es posible consentir el regreso a los criterios que campearon en los tiempos de esplendor de la era industrial. Buen ejemplo de ellos es la sentencia pronunciada por la Corte de Nueva York en el año 1873²⁶, que rechazó una pretensión de daños con la idea de *compensatio damni cum lucro*, argumentando que la industria procura ventajas sociales, y que el daño individual queda compensado con la ventaja que obtiene la víctima al recibir el beneficio resultante del desenvolvimiento económico de la sociedad a la que pertenece.

Ahora bien, ¿es razonable que, arguyendo la mala raíz de algunos razonamientos que apoyan la limitación cuantitativa de la responsabilidad, se pasen por alto las ventajas que comporta, incluso para la víctima?

A mi juicio, ese sistema condice con la justicia, bajo ciertas condiciones: 1) Si el monto indemnizatorio es adecuado; 2) Si se le garantiza a la víctima el cobro de la indemnización, y ésta es pagada sin dilaciones; 3) Si el tope cuantitativo no rige cuando el responsable omite cumplir los deberes de prevención del daño.

Nadie puede ignorar la fuerte tendencia actual del *favor victimae* o de la regla *pro domino*. Pero, si se dan puntualmente las condiciones

²⁶ Causa "Lessee vs. Buchanan", 1873, 31 N.Y. 476-49. Superman, Stephen D., "Doing Away with Personal Injury Law", en Rubin, Robert L., *Perspectives on Tort Law*, 3^o ed., Boston - Toronto - London, 1980, pág. 151.

que se acaban de enunciar, el sistema propuesto, antes bien que perjudicar a las víctimas, las favorece. Y favorece también los intereses generales de la comunidad, pues, al alentar la prevención, pone el acento en soluciones *ex ante* de evitación de daños, que sin dudas son socialmente preferibles a las clásicas soluciones *ex post* que se contentaban con indemnizar —si acaso— los daños ya producidos (ver *infra*, nro. 7-b).

VII. EL DERECHO *IN FINE*

De cualquier manera, más allá de toda discusión teórica, es muy probable que el legislador adopte topes indemnizatorios y, de ser así, tendrá que tomar partido en diversas cuestiones. Es de esperar que elija las alternativas adecuadas, sin sucumbir ante la presión de los lobbies economicistas.

a) Un punto primordial de decisión concierne a la cuantía del tope indemnizatorio, el que debe ser razonable. Se ha visto que el artículo 1113 del Proyecto de Código Único de 1987 previó que "la indemnización se limitará a un equivalente a 2.000 argentinos oro por cada damnificado directo", que representaban aproximadamente unos \$ 170.000; y que el Proyecto de 1998 eleva sustancialmente ese límite, fijándolo en \$ 300.000 (*supra*, nro. 2-b) y c). Como, según vimos, el precio del seguro por responsabilidad civil no tiene relación directa con la cobertura en cuanto supera la franja en la que se concentra la siniestralidad, ello permite considerar topes sustancialmente —o por lo menos relativamente— mayores.

b) También debe privarse del derecho de invocar esa limitación al responsable que no actuó diligentemente.

Es razonable suponer que esto constituirá un incentivo para que el dueño o el guardián de la cosa riesgosa, o el explotador de la actividad peligrosa, adopten medidas preventivas apropiadas, las cuales concierne(n) al interés general de evitar que los daños se produzcan, que es primordial en el sistema de responsabilidad civil²¹. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales au-

²¹ Tunc, André, *La Responsabilité...*, cit., pág. 86, nro. 63; Le Tourneau, Philippe, "La valeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nro. 3, julio - septiembre de 1988, pág. 505, ap. B-1; Vinay, Geneviève, *Introducción a la Responsabilité*, cit., nos. 45 y sigs., págs. 64 y sigs.

mentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia⁶².

Los Proyectos sectoriales mencionados *supra*, número 1-b), sólo autorizan a exceder de los topes indemnizatorios en caso de dolo. Este criterio coincide con el de la ley de riesgos del trabajo (art. 6°, inc. 3-a), ley 24.557), pero es indebidamente estrecho⁶³. Sugiero algo extremadamente distinto, que avenge la asimilación entre culpa y reproche moral: todos los sujetos tienen el deber social de obrar de tal modo que eviten causar daños a los demás, obrando con diligencia apropiada a las circunstancias; lo decisivo debe ser la falta de diligencia, aunque no provenga de un acto moralmente reprochable (como en la versión tradicional de la culpa), por lo cual corresponde transitar un camino paralelo al de la culpa objetiva francesa, que se configura con la conducta desarreglada, aunque no se trate de un acto voluntario⁶⁴.

c) Por otra parte, es de interés general instar al aseguramiento —teniendo presente que “para evitar descabros está el seguro, y para evitar insolencias, el seguro obligatorio”⁶⁵—, como lo intentó el citado Proyecto de Código Único de 1987⁶⁶. Es cierto que podría imponerse el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, pero ello no parece adecuado por dos razones. Por lo pronto, porque la experiencia no es buena: la ley nacional de tránsito 24.449 consagra el seguro forzoso para cubrir “eventuales daños a terceros, transportados o no” (art. 68), y dispone, como requisito para circular, que el conductor debe tener consigo “el comprobante de seguro, en vigencia” (art. 43, inc. c); el artículo 92 de la ley 11.430 de la Provincia de Buenos Aires establece, a su vez, que el conductor puede ser detenido si carece de ese comprobante (art. 4°, inc. 4°), y es sabido que estas disposiciones no son cumplidas puntualmente. Además, es improbable que la ley capte la totalidad de las actividades cuyos niveles de siniestralidad imponen razonablemente el aseguramiento y, en todo caso, parece preferible que cada responsable potencial cuide de sus propios intereses.

⁶² Mihán, E. J., *Falacias Económicas Populares*, trad. R. Pérez Pita, Buenos Aires, 1964, pág. 93.

⁶³ Vid. Alterini, Attilio A., *La Limitación...* (c)l., *supra*, 54.

⁶⁴ Mazeaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, T. I, Vol. II, trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, pág. 45, *inra*. 390.

⁶⁵ Cavallero Mugica, Santiago, *Responsabilidad Civil y Protección del Consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, pág. 190.

⁶⁶ Vid. López Cabana, Roberto M., “Limitaciones a la íntegra reparación del daño”, en Alterini, Attilio Anibal - López Cabana, Roberto M., *Temas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1995, pág. 133, y “La atribución objetiva del deber de reparar con indemnización limitada en la proyectada unificación de la legislación civil y comercial”, en Alterini, Attilio Anibal - López Cabana, Roberto M., *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1988, pág. 319, sus citas y referencias.

El punto de inflexión del razonamiento es, sin embargo, el caso del insolvente, que opta por no asegurarse. Su cálculo de costo-beneficio es éste: si se asegura, debe pagar la prima, que representa, "aproximadamente, el precio del accidente que 'causaría'. Si, en cambio, no se asegura, no tendrá que pagar ni siquiera el accidente que realmente cause; sería pedir peras al olmo"⁵⁷.

d) La indemnización, para no agregar nuevas afeciones a los intereses de la víctima, debe serle liquidada rápidamente. En el derecho comparado, la ley francesa de tránsito 85-677 dispone que el asegurador "debe presentar en un plazo máximo de ocho meses a contar del accidente una oferta de indemnización a la víctima que ha sufrido un daño a su persona" o, en su caso, a sus derechohabientes (art. 12); si no efectúa tal oferta, el asegurador debe "de pleno derecho interés al doble de la tasa de interés legal" (art. 16); y si la oferta es "manifiestamente insuficiente", debe aportar al fondo de garantía "una suma extra igual al 16% de la indemnización debida, sin perjuicio de los daños e intereses debidos por ese hecho a la víctima" (art. 17). La ley española 30/95 sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Disposición adicional novena) considera en mora al asegurador cuando no cumple su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro, o no paga el importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, salvo causa justificada o que no le es imputable. La falta de liquidez no obsta a la mora, y sus efectos consisten en el pago de una penalidad consistente en "un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%", a partir de "la fecha del siniestro". Pero, "transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%" (art. 17).

Es el criterio que adopta el Proyecto de 1998, según se ha visto (supra, nro. 2-c).

e) Correspondería, también, establecer fondos de garantía. Estos fondos son operativos en los casos en que el autor es desconocido, no está asegurado o está infraasegurado; de insolvencia de la aseguradora; o de daños superiores a los cubiertos por la póliza⁵⁸.

f) El límite cuantitativo no debe ser aplicable al caso de los grandes discapacitados, esto es, quienes necesitan "la asistencia continua de otra

⁵⁷ Calabresi, Guido, *El Costo de los Accidentes*, cit., pág. 23.

⁵⁸ Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Roberto H. Brobbia (Rosario, 1986, Comisión 3); I Congreso Internacional de Derecho de Daños en Homenaje al Doctor Jorge Massot Iturrage (Buenos Aires, 1989, Comisión 4); II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1992, Comisión 2).

persona para realizar los actos elementales de su vida" (art. 10, ley 24.557). La justicia estaría mejor servida si la gran incapacidad abriera una compuerta para exceder los límites cuantitativos de la responsabilidad, porque genera necesidades de compasión, servicios o cooperación por parte de terceros, propias de la "especie de destierro de la vida" que significa⁴⁰. Por ahora, el artículo 17 de la ley 24.557 sólo les reconoce el pago de sumas mensuales equivalentes a tres veces el AMPO, como lo define el artículo 21 de la ley 24.241, vale decir, tres veces el monto del "aporte medio previsional obligatorio".

g) Hay que decidir asimismo cuál es la causa ajena que tiene derecho a invocar en su descargo quien es sindicado como responsable por un factor de atribución objetiva: si puede argüir útilmente la culpa o el mero hecho de la víctima o del tercero⁴¹, o si son necesarios a ese efecto el dolo o la culpa grave de la víctima⁴², o alguna circunstancia especial⁴³.

Como vimos, el Proyecto de Reformas de 1998 sugiere confinar esa causa ajena a "la culpa del damnificado", y establece que "no son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena" (*supra*, nro. 2-c).

Cuando se reduce de tal modo el catálogo de causas ajenas que tienen eficacia para liberar al sindicado como responsable, se extiende el derecho de la víctima a ser indemnizada, y esta ventaja también compensa de algún modo la existencia de topes indemnizatorios (*supra*, VI).

⁴⁰ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXIII, Montevideo, 1991, pág. 210.

⁴¹ Alterini, Atilio A., "Incidencia del mero hecho en la ruptura de la relación causal", en Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. (directores), *La Responsabilidad Civil. Mensaje al Profesor Doctor Inidoro H. Goldemberg*, cit., pág. 339.

⁴² Como resulta, en materia de accidentes de tránsito, de la ley 24.448, que dispone, como ventaja para el peatón, el "beneficio de la duda y presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas de tránsito" (art. 64, 3er. párr.).

⁴³ En algunas situaciones la liberación del sindicado como responsable depende de la prueba de una causa ajena estrictamente calificada: en materia de infortunios laborales, es preciso que haya existido dolo de la víctima, o fuerza mayor estricta o la explotación (art. 6°, inc. 3°-al, ley 24.557); en materia de daños nucleares, es menester la ocurrencia de culpa o dolo de la víctima, o de fuerza mayor consistente en "conflicto armado, guerra civil, hostilidades o insurrección" (art. IV, párr. 3°. Convención de Viena de 1963, ley 17.046), la cual amplía la responsabilidad al excluir la calificación como fuerza mayor de otros hechos imprevisibles o inevitables (terremoto, maremoto, huracán).

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO, DEL ESCRIBANO Y DEL JUEZ

AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

I. LÍMITES DE ESTAS REFLEXIONES

El tema propuesto (en realidad, tres) es amplio y complejo. Comprende las responsabilidades de los llamados "operadores del Derecho", tanto los que ejercen una típica función pública (jueces), como los que tienen funciones mixtas (escribanos) y los que desarrollan básicamente una función privada (abogados). Me limitaré a esbozar las líneas básicas e ideas fuerza que dominan la materia (las de los profesionales en general y la de cada uno en particular) según el llamado "derecho vivo"; es decir, analizaré la cuestión a la luz de la interpretación y aplicación jurisprudencial de la última década¹. Esta metodología es conveniente en la materia por dos razones significativas:

1. Generalmente, los códigos no contienen normas específicas (o son muy escasas), por lo que los grandes principios se han forjado a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia.

¹ He publicado dos artículos breves sobre los daños causados por abogados ("Reparación de los daños causados por abogados", *Revista del Foro de Cuyo*, nro. 1, Mendoza, 1991, págs. 23 y sigs. y "Daños causados por abogados y procuradores", *J.A.*, 1993-III-704); a la responsabilidad de los jueces me he referido tangencialmente en la obra *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988, en colaboración con los Dres. Jorge Masart Iturzaogoye y Carlos Parrillada; también en "Reparación de los daños causados por la prisión preventiva", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 1, febrero de 1994, págs. 45-58. Estas líneas deben considerarse la continuación de todos estos artículos. He intentado no repetir conceptos, salvo aquellos que resultan absolutamente indispensables para la mejor comprensión de los que formulo en el texto. Ruego al lector tener presente lo dicho en esos trabajos anteriores y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

2. Hay cierto consenso en aceptar la existencia de un "deber de conocer la jurisprudencia", que alcanza a todos los sujetos implicados en estas reflexiones².

Finalmente, aclaro que no abordo el fascinante tema de la responsabilidad del Estado por los daños causados en la actividad judicial, que tanta dimensión ha tomado en la Europa Comunitaria cuando estas conductas vulneran derechos humanos, en especial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas³, el derecho a la identidad sexual, etcétera. Entiendo que esta materia escapa a la propuesta y se rige, además, por principios más favorables a las víctimas.

II. PUNTOS DE PARTIDA

1. Responsabilidad civil y protección de los consumidores

Las responsabilidades profesionales comienzan a ser analizadas desde una nueva perspectiva: la del derecho del consumidor; en efecto, el paciente, el cliente del abogado, del arquitecto, etcétera, son considerados consumidores del servicio profesional (de la salud, del servicio de justicia, etc.). Esta nueva visión es trascendente en varios ámbitos, desde que, como es sabido, el consumidor es considerado la parte débil de la contra-

² Cf. Volinini, Giovanni, "Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", *Rivista di Diritto Civile*, anno XL1, no. 2, marzo-aprile 1993, pág. 193, quien costosa haber "robado" el título a Gino Galia, en cuyo homenaje escribe.

³ La bibliografía en tema al Convenio Europeo de Derechos Humanos es inagotable. Véase, entre otros, González Rovin, Juan José, "Consideraciones sobre el art. 8.º párrafo 1.º, apartado 1.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: referencia a reciente jurisprudencia sobre el indicado precepto", en "Diez Años de Desarrollo Constitucional, Estudios en Homenaje al Profesor Luis Sánchez Agesta", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1989, pág. 509. Así, p. ej., Francia fue condenada por la Corte Europea de los Derechos del Hombre, el 26-II-1992, a pagar 100.000 francos a un transsexual a quien impidió la rectificación de su partida de nacimiento (*Le Sensitive Juridique*, année 63, no. 48, 25-II-1992, pág. 415 con nota de Garé, Thierry, "Condamnation de l'Etat français pour refus de modification de l'état civil d'un transsexual", País, la responsabilidad por la dilación indebida de los procedimientos, *cf.*, entre otros, Cour Européenne des Droits de l'Homme, 31-III-1992, "A.E. X o France" (condena a Francia por dilatar indebidamente los reclamos administrativos de los transsexualizados con sangre contaminada que contrajeron sida), *Le Sensitive Juridique*, année 63, no. 31, 29-VII-1992, pág. 381, con nota de Apostolida, Charalambos, "Une période de deux ans entre une demande d'indemnisation formée par une personne transsexuelle et le jugement du tribunal administratif dépasse le délai raisonnable au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme"; Itan Delgado, José, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Dilaciones Indebidas en el Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Eiete, Valencia, 1997.

tación y, consecuentemente, la que merece ser amparada con regímenes que alivien la carga de la prueba⁴, que combatan las cláusulas abusivas, que impongan obligación de informar a la otra parte, etcétera⁵. Buen ejemplo de esta corriente es un fallo de primera instancia del prestigioso magistrado argentino Roberto Vázquez Ferreyra: "El particular que recurre necesaria y obligadamente a un escribano para otorgar un acto de disposición de un inmueble, es un inexperto que debe ser por ello correctamente informado y asesorado por el experto, que en este caso no es otro que el escribano. Quien posee la calificación técnica que le da superioridad es el profesional escribano y por ello pesa sobre la cabeza de éste la obligación de orientar al cliente, informarlo, asesorarlo y evitar que ocurran irregularidades provenientes del incumplimiento de sus funciones"⁶. En la misma línea una sentencia de la Audiencia de Oviedo, España, dice: "Ninguna responsabilidad puede imputársele al actor, persona lega en derecho que precisamente por tal circunstancia debe ser dirigido en el proceso técnicamente por un letrado, no siéndole exigibles conocimientos procesales tales como que los procuradores de Gijón no están habilitados para actuar ante los tribunales en Oviedo..."⁷.

No obstante esta nueva visión, la dificultad de la generalización está a la vista, dada la heterogeneidad de prestaciones a cargo de los profesionales. Esta diversidad es, entre muchas, una de las causas por las cuales la Europa comunitaria, no obstante haber dictado hace más de una década una directiva sobre productos elaborados, no logra un acuerdo para regular las responsabilidades profesionales⁸. De cualquier modo, no

⁴ P. ej. la reciente ley chilena 19.696 de protección de los consumidores, de 1997 dispone que, tratándose de productos o servicios peligrosos los daños y perjuicios que de su consumo provengan, serán de cargo solidariamente del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio en su caso. Con todo, se eximirá de la responsabilidad contemplada en el inciso anterior quien prueva las buenas o pronte las servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y las demás caudales y diligencias que impone la naturaleza de aquéllas.

⁵ *Conf. Desorms, Jean Paul, "Y a-t-il une limite à la responsabilité notariale?", en Droit et Anthropologie de la Complexité, Mélanges Dedicés à Jean Mes, Economica, Paris, 1996, pág. 118; Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de los abogados", J.A., 1994-III-636.*

⁶ *1° XI-1994, "Corín, Juan y otros obsesores de Gregorio Anasías", J.A., boletín del 11-VI-1997.*

⁷ *Audiencia Provincial de Oviedo, 19-VI-1995, Revista Jurídica Española La Ley, 1995-4-167.*

⁸ Para esta cuestión, me remito al artículo de mi autoría, "La responsabilidad profesional en las directivas de la Comunidad Económica Europea", en *Las Responsabilidades Profesionales, Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andueza, Plateros, La Plata, 1992, págs. 279-303*. En Brasil, no obstante que el Código de Protección de los Consumidores incluye las prestaciones a cargo de los profesionales liberales, la responsabilidad civil de éstos se rige por pautas subjetivas (cf. Siebenlistler de Andrade, Fábio, "La responsabilidad civil

debe olvidarse que más allá de los debates políticos y económicos, la protección de los consumidores es uno de los objetivos esenciales de la Unión Europea y de allí la preocupación de los países que la conforman por encontrar principios básicos comunes que sirvan para armonizar las legislaciones internas.

Esta visión obliga al juez a analizar cuidadosamente la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad profesional; no es lo mismo un cliente conocedor del campo donde se mueve que un profano. Un ejemplo de esta actitud judicial es el fallo de un tribunal entrerriano que rechazó la demanda iniciada por un dirigente sindical a su abogado; el sindicalista acusaba al letrado de no haberlo defendido correctamente en el juicio que inició contra la empresa donde trabajaba, luego de haberse dado por despedido, expresando esta voluntad mediante un telegrama redactado por el abogado; el juicio se perdió y el dirigente sostuvo que el profesional debió darse cuenta de que no tenía prueba suficiente para triunfar. El tribunal tuvo en cuenta, entre otros factores, el hecho de que el actor era autoridad sindical y, consecuentemente, persona conocedora de las leyes laborales y sus diversas interpretaciones⁹.

2. Las garantías constitucionalmente amparadas

La jurisprudencia comienza a analizar la responsabilidad civil desde la perspectiva de los valores implicados, que en muchos casos tienen rango constitucional; así, por ejemplo, al abogado se lo juzga a la luz del derecho constitucional a la defensa en juicio y al acceso a la Justicia¹⁰; al médico, apuntando al derecho a la salud; al notario, merituando la seguridad jurídica, etcétera¹¹. En esta línea, la Comisión de reflexión número 5

de los abogados. La culpa y causas de exención", en obra colectiva, dirigida por Carlos Ghersi, *Los Nuevos Doctos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 342; en la misma obra, pág. 375, Barberis, Eduardo A., "La responsabilidad civil del abogado por el deber de información al cliente".

⁹ Cám. Civ. y Com. de Paraná, Sala Ira., 21-II-1996, *Jurisprudencia de Entre Ríos*, 1996, no. 72, pág. 239.

¹⁰ El art. 120 de la Constitución del Brasil de 1988 reputa al abogado persona indispensable para la administración de la justicia, siendo inexcusable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de la profesión, en los límites de la ley (cfr. Siebenhücher de Andrade, Fábio, op. cit., pág. 340).

¹¹ En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia, aunque esta vez en beneficio del notario: "No obstante que la imputación de irregularidades a los escribanos en el ejercicio de la función notarial reviste a cuestiones de hecho y de derecho local y común que, como regla, son ajenos a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide la apertura del recurso federal cuando el tribunal a quo ha fundado insuficientemente su decisión y tal inobservancia afecta de modo directo e inmediato garantías que coexisten con amparo constitucional (CSJN, 33-VI-1992, "Colegio de Escribanos s/verf. de libros de requerimientos de firmas del escribano R. J. Garrido", *Doc. Ad.*, 1993-3-325).

del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, declaró: "califica especialmente la responsabilidad del abogado su carácter de auxiliar de la justicia y su intervención indispensable para la administración de justicia"¹².

Esta nueva actitud produce importantes consecuencias, tales como:

a) Hay una tendencia general a ser más severo en el juzgamiento de la conducta profesional. No es lo mismo la violación de un derecho infraconstitucional, que se mueva en los campos de la simple legalidad y de la convencionalidad, que la de un derecho o un valor al que se da rango constitucional.

b) La Corte Federal argentina, por la vía pretoriana de la arbitrariedad, justifica su intervención y revoca sentencias dictadas en la materia por los jueces de grado, con el argumento de que carecen de fundamentos lógicos y razonables¹³.

c) La jerarquía constitucional de los derechos implicados justifica que la Corte Federal haya declarado constitucionalmente válidas las leyes que disponen, como medida cautelar, que el órgano de control suspenda preventivamente al notario, sin ejercicio de la profesión, inter tanto se sustancia el juicio penal, siempre que éste no se dilate excesivamente¹⁴; también las que prevén como sanción la exclusión de la matrícula; ha dicho la Corte: "La atribución o concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo"¹⁵.

¹² Las autoridades de la Comisión fueron: presidente: Dr. Roberto López Cabana; vicepresidente, Luis Andarae y secretario, Eduardo Barber. Cf. J.A., 1993-III-943, *Zera*, 63-D-67 y *Jurisprudencia Provincial*, 1993, pp. 10, pág. 363.

¹³ Me remite a la citada en mis artículos "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", J.A., 1992-II-615 y "Daños causados por abogados y procuradores", J.A., 1993-III-705. Pero el tribunal debe advertir alguna arbitrariedad; de lo contrario, afirma que "los agravios referentes a la responsabilidad atribuida a un letrado patrocinante por deficiente labor profesional remiten a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los tribunales de la causa y ajena —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14, ley 48, reexiste cuando el fallo cuenta con fundamentos suficientes de igual carácter que, más allá de su acierto o error, impiden su descalificación como acto jurisdiccional" (CSJN 6-III-1994, "Pichinao de Manarba y otros c/Estado, Abia", J.A., 1994-II-31).

¹⁴ Vid., entre otros, CSJN, 5-III-1996, J.A., 1996-IV-322.

¹⁵ CSJN, 23-VI-1990, "Colegio de Escribanos", J.A., 1990-III-96 y *Doc. Jud.*, 1993-3-328 (aunque en el caso, la mayoría del tribunal consideró, equivocadamente en mi opinión, que la sanción era excesiva).

3. *La unidad y diversidad de responsabilidades dentro del ordenamiento jurídico y la unidad del régimen de la responsabilidad civil*

La responsabilidad de estos "operadores del derecho" juega, como otras responsabilidades profesionales, en diversos ámbitos: administrativo, civil, penal, ético, etcétera. Algunas, incluso, han generado algunos problemas respecto a cuál es la autoridad competente para juzgarlas. Así, por ejemplo, en Argentina, según el tipo de falta ética cometida, un abogado puede ser sancionado por el juez interviniente en la causa¹⁶ o por el organismo que tiene a su cargo el juzgamiento de las conductas (normalmente, el Colegio de Abogados).

En cuanto al ámbito de la responsabilidad civil, cabe recordar que la doctrina argentina brega, desde hace varias décadas, por un régimen único de reparación de daños, que no distinga cuál sea el origen de la obligación incumplida o defectuosamente cumplida¹⁷. No obstante, ese anhelo no se ha concretado normativamente, por lo que cada caso debe analizarse a la luz de los principios que rigen el respectivo ámbito. Como es sabido, esta diversidad produce discriminaciones odiosas tratándose de plazos de prescripción, extensión de la reparación, competencia judicial, etcétera.

4. *La antijuridicidad*

Normalmente, el primer presupuesto de la responsabilidad es la antijuridicidad, es decir, la conducta del sujeto implicado debe ser contraria al ordenamiento, visto éste en su totalidad.

Cabe preguntarse si las reglas de la deontología de cada ámbito profesional integran el marco de la juridicidad; o dicho de otro modo, si basta la violación de los llamados "códigos de ética", aunque no estén aprobados por ley formal, para tener por cumplido el primer requisito.

¹⁶ La Corte Suprema de la Nación ha dicho que "las facultades disciplinarias reconocidas a los jueces por el Código Procesal no se superponen ni se confunden con las atribuciones de idéntica naturaleza conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.387". Por otro lado, ha negado al Colegio Público legitimación para representar a los letrados sancionados; así el abogado sancionado está legitimado para recurrir la sanción (CSJN 15-V-1996, "H.A.", Doc. Jud., 1997-1-384). Con idéntico criterio, afirmó que el Colegio no tiene legitimación para comparecer en un juicio en que se demanda por daños y perjuicios a una abogada en el cual el punto de discusión era exclusivamente si había o no actuado con culpa (CSJN, 27-X-1992, "Pudovitz c/Nostra", Doc. Jud., 1993-2-581 y J.A., 1993-IV-611; conf. CSJN, 4-V-1995, "Del Sai, Percy", J.A. 1996-11-5, con nota de Roque Carriera y Otilia Rosenkranz, "Las facultades disciplinarias de los jueces y las faltas de ética de los abogados").

¹⁷ Cf. de mi autoría, "La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)", J.A., 1993-II-817, artículo en el que cito prestigiosa doctrina nacional que comparte esta idea.

La doctrina comienza a dar respuesta afirmativa. Así, por ejemplo, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, recomendó que "debe juzgarse el comportamiento profesional de acuerdo a las normas éticas y legales que regulan la actividad, especialmente calificando por el deber de comportarse con probidad, lealtad y buena fe"¹⁸.

5. Los factores de atribución. ¿Una culpa profesional autónoma?

Excepcionalmente la responsabilidad de un operador del derecho podrá fundarse en un factor objetivo de atribución (tales como la garantía legal, la equidad, etc.). Pero son supuestos cuantitativamente insignificantes, por lo que abordaré exclusivamente algunos temas discutidos respecto a los factores subjetivos de atribución.

Mucho se ha debatido sobre si existe una culpa profesional diferente a la culpa en general. No ingresaré en la profundidad de esta discusión, sino sólo en sus aspectos esenciales. El Código peruano podría ser incluido, según cual sea la interpretación que se dé a sus textos, entre los partidarios de la autonomía. En efecto, el artículo 1762 (al igual que su fuente, el 2236, Cód. Civ. italiano) dispone: "Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable".

El artículo 2236 ha dado lugar a una amplia bibliografía¹⁹; es menester recordar que el sistema italiano se integra también, entre otros, con el artículo 1176 que dispone: "En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valerse con relación a la naturaleza de la actividad ejercida"²⁰.

Con base en estos textos, la Casación italiana parece haber trazado una línea entre los problemas técnicos de especial dificultad y los que no lo son. En tal sentido ha dicho que, "salvo los supuestos de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad del profesional se configura toda vez que el abogado no ha desarrollado la actividad inherente

¹⁸ Cfr. recomendaciones en J.A., 1993-III-943.

¹⁹ Viancini, Giovanna, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, Cedam, Padova, 1996, pág. 288; Marinelli, Fabrizio, "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", *La Nuova Giurisprudenza Civile Contemporanea*, anno X, no. 2, 1994, pág. 276.

²⁰ Para una acerba crítica a la aplicación del criterio del buen padre de familia a la responsabilidad contractual en general, ver Viancini, Giovanna, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, cit., Cap. III, págs. 73 y sigs.

al mandato o lo ha desarrollado sólo parcialmente o no ha informado al cliente la imposibilidad de cumplirlo"²¹.

También en la doctrina francesa se oyen voces en favor de la autocomprensión: "si bien la responsabilidad profesional supone una culpa, los parámetros que permiten individualizarla son tan diversos y mutables según las circunstancias, que las distinciones clásicas entre obligaciones de medio y de resultado, entre culpa delictual y contractual, entre responsabilidad por culpa o sin culpa, ya no tienen razón de ser. La culpa, como la obligación y la responsabilidad son de naturaleza profesional". Y con cita de Serlooten se dice: "el escribano no es responsable en tanto contratante, ni siquiera, en tanto hombre, sino en tanto profesional"²².

En España también se afirma que "la intensidad de la diligencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto; en tal sentido, la defensa de los derechos e intereses de los clientes debe ser cumplida con el máximo celo y diligencia, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas; la actuación diligente es aquella que se desarrolla de modo cuidadoso, exacto y activo"²³.

En mi opinión, la culpa es una: consiste en la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Cód. Civ. argentino). Un texto que expresa una síntesis tan magnífica, permite eliminar todas las dificultades, sin necesidad de acudir a un concepto diferente de culpa; dentro de las "circunstancias" hay que tener en consideración que mientras en la órbita de la conducta del hombre común no hay mayores discrepancias en orden a cuáles conductas son defectuosas, en el campo de la ciencia, suelen presentarse dudas; en esta área hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad; una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado. En tal sentido, el proyecto argentino de código único de 1993 decía: "El profesional deberá realizar la tarea comprometida con ajuste a las reglas de la técnica, de acuerdo a los conocimientos requeridos para efectuarla eficazmente y conforme a la actualización en la ciencia y técnica correspondientes a su profesión".

²¹ Cassazione Civile Sez II, 18 giugno 1994, *Danno e Responsabilità*, no. 1, gennaio-febbraio 1997, pág. 123, comentado por Antonella Bará y Agelo Spirito, entre otros fallos, en la sección Repertorio di Istituzioni.

²² Decroix, *J. P.*, op. cit., pág. 128.

²³ Audiencia Provincial de Barcelona, 2-XI-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, no. 612, abril 1996, Valencia, pág. 4193. Por aplicación de estos principios sostuvo que es culpable la actuación de un abogado que, en lugar de una acción procesal administrativa ordinaria, interpuso un procedimiento sumario de protección de los derechos invocando la vulneración de derechos fundamentales y, rechazado éste, aunque la sentencia dejó a salvo la posibilidad de iniciar las acciones ordinarias, nunca las inició.

En suma, quizás podría generalizarse lo dicho en un voto de la Corte Federal argentina: si bien cuando están en juego valores constitucionales como son la vida, la libertad, el patrimonio, etcétera, "hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que, en principio, no es objetable, no debe perderse de vista que también la ciencia tiene sus limitaciones"²⁴.

5. Los seguros contra la responsabilidad civil profesional

En algunos países europeos se ha generalizado el seguro contra la responsabilidad profesional de abogados y notarios.

Así, por ejemplo, se considera que la garantía profesional colectiva ofrecida por los notarios en Francia es única en el mundo; recuérdese que este país ostenta una larga tradición en la materia desde que organizó los fondos para reparar los daños causados por la actividad notarial en su vieja ley del 25 de enero de 1934²⁵; en España, muchos Colegios de Abogados han contratado seguros colectivos que cubren los daños y perjuicios que se irrogan a un tercero como consecuencia del actuar negligente en el ejercicio de la abogacía; muchos fallos hacen expresa mención a estos seguros²⁶.

La existencia de un fondo de garantía o un seguro no sólo incita al damnificado a alcanzar un real acceso a la Justicia (lo que es bueno y justo) sino que a veces, lamentablemente, motivó a los jueces a ser más benévolo y crear responsabilidades profesionales donde el sistema normativo no las impone, produciendo un aumento indirecto del costo de los servicios.

III. DAÑOS CAUSADOS POR ABOGADOS

1. Ámbito de la responsabilidad

Los perjudicados por las conductas de los abogados y procuradores pueden estar unidos a estos profesionales por vínculos contractuales o

²⁴ Voto del Dr. Fayt, 28-XII-1985, "Lipocare o/Utazquer", J.A., 1990-12-443. El juez de la Corte Federal se refiere a la ciencia médica.

²⁵ Cfr. los antecedentes y la legislación actual en Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 3^o ed., Rep. du Notariat Détrénois, Paris, 1981, págs. 134 y sigs. Para la situación de los notarios en Francia, Decroix, J. P., *op. cit.*, pág. 118.

²⁶ Vot., Audiencia Provincial de Barcelona, 16-III-1995, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 424, set. 1995, Valencia, pág. 10.430; Audiencia Provincial de Valencia, 1^o-X-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 593593, feb. 1994, Valencia, pág. 819; Audiencia Provincial de Madrid, 30-VI-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 58090, octubre-noviembre 1993, Valencia, pág. 10.521; Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 636, marzo 1995, Valencia, pág. 2812; Audiencia Provincial de Orléans, 19-VI-1993, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167.

ser terceros ajenos a la contratación. Las conductas atribuibles pueden o no configurar el incumplimiento de obligaciones de origen convencional, desarrollarse dentro o fuera del proceso, estar implicado sólo el abogado u otros participantes del litigio, etcétera. Consecuentemente, el deber de responder puede encuadrarse, según los casos, en una y otra órbita.

Un caso resuelto por la Corte Federal argentina muestra un supuesto de responsabilidad conjunta extracontractual: Los actores en un juicio por colación de herencia habían trabado embargo sobre el inmueble que había sido adjudicado en el sucesorio al heredero demandado; paralelamente, en otro juzgado se hizo lugar a la demanda por escrituración interpuesta por un tercero contra el mismo heredero vencido en el juicio de colación; el juez que intervino en el juicio por escrituración dispuso el levantamiento del embargo ordenado por el juez de la colación "al solo efecto de escriturar"; merced a esa orden, el comprador inscribió a su nombre, enajenó a un tercero y los coherederos se quedaron sin garantía pues el heredero demandado carecía de otros bienes. Se condenó al Estado por el hecho del juez, pero también estaban implicados, el abogado que petitionó la cancelación de un embargo a un juez que no lo había dispuesto y el director del Registro, que dispuso el levantamiento ordenado por un juez diferente al que había dispuesto la traba²⁷.

Quizás, una jurisprudencia rigurosa que extendiera el campo de la responsabilidad extracontractual del abogado en favor de personas distintas al cliente (piénsese, p. ej., en el litigante contrario), produciría una disminución en las dilaciones del procedimiento que encuentran su causa en conductas desleales de los abogados. En esta línea, se lee en una sentencia española: "es propio de la incumbencia profesional de quien ejerce la abogacía el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho al que presta su asistencia y de la prueba en que estos se justifican; consecuentemente, cabe responsabilizar al abogado, desde que un atento examen de la documentación que acompañó a su presentación le hubiere permitido advertir la falta de razón de su patrocinado; sobre todo, porque el incidente que planteó intentaba anular todo un procedimiento prácticamente agotado; esta circunstancia imponía al letrado la adopción de criterios de conducta extremadamente cuidadosos y prudentes"²⁸.

Las acciones más frecuentes configuran típicos casos de responsabilidad contractual. Las disputas sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el abogado y su cliente son tradicionales en todos los

²⁷ CSJN, 16-XII-1996, "Echeverry, Luisa y otros c/Peña de Bs. As.", 16-XII-1996, L.L., 1967-B-255.

²⁸ Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 9-IV-1994, "Raimonda, Marcelo c/Protosom S.R.L.", año 3, tomo 8, septiembre 1995, pág. 607.

países. En la jurisprudencia española prevalece la tesis de que se trata de un contrato de prestación de servicios²⁹. En Argentina, en cambio, jerarquizada doctrina sostiene que el contrato celebrado por el abogado con su cliente es *multifurmas*; no sólo comprende los servicios, sino que a veces es mandato, otras locación de obra, etcétera³⁰.

2. El factor de atribución

a) La regla

Tratándose de la responsabilidad del abogado, hay que aplicar, en principio, el viejo adagio "*pas de responsabilité sans faute*" (no hay responsabilidad sin culpa).

En esta línea de pensamiento, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, recomendó: "es presupuesto de la responsabilidad civil del abogado la existencia de una culpa, calificada por la impericia o negligencia".

Obviamente, el solo hecho de la pérdida del pleito no es suficiente para condenar al abogado, del mismo modo que no basta la muerte del paciente para responsabilizar al médico. En tal sentido, la jurisprudencia española tiene dicho que "no todo detrimento económico derivado de un pronunciamiento puede ser incluido en el concepto de daño indemnizable; para ello hay que demostrar que la resolución judicial ha sido la consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa y que el resultado del juicio habría sido distinto si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la *lex artis* propia de un abogado de diligencia normal"³¹.

b) La noción de culpa y la discusión científica

Como en toda responsabilidad profesional, la discusión científica excluye a la culpa³². Sin embargo, si de dos alternativas posibles, el profesional elige la que hace correr a su cliente el riesgo de la pérdida del

²⁹ Ver jurisprudencia de las Audiencias Provinciales citadas a lo largo de este trabajo.

³⁰ Conf. Andueza, Luis, "La responsabilidad civil de los abogados", *Revista Comptos*, año II, nro. VIII, septiembre 1995, pág. 12.

³¹ Audiencia Provincial de Alicante, 13-II-1996, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 619, abril 1996, Valencia, pág. 4662 (en el caso, el actor atribuía a su anterior abogado el haber sido vencido en un juicio en el cual se atribuyó la inercia del hijo menor a la madre. Conf. con el grado de diligencia exigible, mayor que la del hombre común. Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 606, marzo 1995, Valencia, pág. 2612.

³² Bustamante Ahijón, Jorge H., *Tratado General de la Responsabilidad Civil*, 3a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, nro. 1344.

derecho, ha actuado negligentemente, aún cuando pretenda fundar su irresponsabilidad en un cambio de jurisprudencia operado durante la gestión. En efecto, el letrado debe adoptar la postura menos arriesgada para los intereses de su cliente. En tal sentido, comparto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió que "la diligencia exigible a un abogado en el ejercicio de su función no es la exigible a un hombre medio, sino otra superior, que hace surgir su responsabilidad cuando ante la duda suscitada en torno a la inhabilidad del mes de agosto para el ejercicio de la acción de despido, no salvaguarda el derecho de su cliente y presenta la demanda sobre la inhabilidad discutida de dicho mes, provocando que se declare la caducidad de la acción"³³; también es correcta la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que entendió que existía culpa del letrado que no solicitó el 20% de intereses previsto en la ley que regula los accidentes de la circulación, no obstante que a la época en que la demanda se interpuso existían dos posiciones encontradas sobre el tema³⁴.

c) Incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación asumida. La prueba de la culpa

La jurisprudencia española y argentina es concorde en que el abogado en ejercicio no promete el éxito de la gestión encomendada y, consecuentemente, sólo puede exigírsele una conducta conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por eso, en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales la inversión de la carga de la prueba no es de aplicación generalizada. En otros términos, no puede partirse de una presunción de negligencia³⁵, pero este punto de partida no niega que el abogado asuma ciertas obligaciones de resultado; así por ejemplo, puede comprometerse a entregar un contrato redactado en una fecha determinada, a suscribir y presentar los escritos en término, etcétera³⁶.

Además, en muchos casos, la culpa surge de los propios hechos (*res ipsa loquitur*). Así por ejemplo, la Corte Nacional, si bien admite que "no debe llevarse la responsabilidad del abogado al límite extremo de hacerlo

³³ Audiencia Provincial de Madrid, 20-VI-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 58390, octubre-noviembre 1993, Valencia, pág. 10.523.

³⁴ Audiencia Provincial de Málaga, 13-I-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 619, abril 1996, Valencia, pág. 4725.

³⁵ Ver, entre muchas, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16-III-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 624, setiembre 1996, Valencia, pág. 10.430; Audiencia Provincial de Lérida, 21-VII-1993, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 622623, julio-agosto 1996, pág. 9321.

³⁶ Para estos supuestos, consultar, por todos, Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de los abogados", J.A., 1994-III-677.

cargar con toda la falta de veracidad en los planteos de su patrocinado, pues no puede exigírsele que se transforme en un investigador exhaustivo de los hechos que aquél le narra y que, generalmente, no son de su conocimiento personal³⁷, ha dicho que, a veces, ese conocimiento surge del propio hecho, como es el supuesto de una contestación de la demanda que niega el carácter de inquilino, pero no explicita por qué se encuentra en el inmueble; en el caso, sigue diciendo el tribunal, el abogado debió preguntarle a su cliente en virtud de qué título legítimo ocupaba el inmueble para luego poder ensayar una defensa procesal³⁸.

Los casos más frecuentes de culpa "cantada" son normalmente aquellos en que el proceso se pierde por caducidad de instancia. Permitir que se produzca la caducidad de instancia —ha dicho con toda razonabilidad un tribunal argentino— configura una omisión grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales³⁹; "el abogado patrocinante, aunque no tenga la representación directa del cliente ni esté sujeto a las reglas del mandato, debe ejercitar el patrocinio o la defensa de los intereses de éste, ya sea conduciendo el pleito bajo su dirección o aconsejando las soluciones legales que considere pertinentes; por tanto él también es responsable cuando deja que se perima la instancia"⁴⁰.

d) Tipos de culpa

- Generalidades

El abogado, como el médico, puede errar en el diagnóstico (p. ej., afirma que el cliente tiene jurídicamente razón en un caso en que el ordenamiento no concede legitimación para actuar), en el tratamiento (p. ej., pretende reclamar el derecho de su cliente por la vía ejecutiva pero carece de título) en su ejecución (p. ej., por su inactividad, se declara la caducidad de instancia en el juicio, bien iniciado, por la vía que corresponde, en favor de su cliente que jurídicamente tiene razón); en esta última incurre también el abogado que teniendo que controlar el expediente en el que el demandado llegó a un acuerdo con el actor, efectuó pagos parciales y logró la suspensión de la ejecución, no obstante lo cual, el actor solicitó y el juez dispuso la subasta del inmueble sin que el demandado impugnara, a través de su abogado, que la notificación había sido realizada de modo intempestivo⁴¹.

³⁷ CNCiv., Sala F, 30-V-1994, "Eren s/A.L.A.", L.L., 1995-E-146.

³⁸ Cám. Nac. Fed. Cont.-Adm. Sala IV, 26-XI-1993, L.L., 1994-C-643.

³⁹ Cám. 1° de Apelaciones Civ. y Com. de Lanús de Zárate, Sala II, "Quilones s/Vilmaril", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, tomo 4, nro. 5, junio de 1994, pág. 435, con nota agrobaterista de Jorge Massat Iturrigaray, "Responsabilidad del abogado patrocinante. Caducidad de la instancia. Dirección del proceso".

⁴⁰ Trib. Bona. 27-XI-1992 y comentario de Marinelli, Fabris, "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", *Le Nuove Giurisprudenze Civili Contemporanee*, tomo X, nro. 2, 1994, pág. 267.

- La actualización permanente

La complejidad creciente de la ciencia del Derecho obliga al abogado a estar permanentemente actualizado; él no debe tomar asuntos referidos a ámbitos que desconoce; por eso, es justa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó a un "abogado que contrató la prestación de sus servicios con una entidad mercantil cuya vida societaria era azarosa, cuya documentación presentaba múltiples irregularidades y que, decidida a normalizar su situación jurídica, tanto en relación con los socios como frente a terceros, recabó los servicios profesionales del demandado, a quien no sólo le faltaba preparación en el ámbito mercantil, rama del ordenamiento jurídico cuyo conocimiento era necesario para la correcta prestación de los servicios que se le recababan, sino que denotó una actuación descuidada y negligente en la normal ejecución del contrato"⁴¹.

- Violación del deber de informar

La mayoría de los códigos de ética establecen el deber de los abogados de "proporcionar a su cliente información suficiente acerca del tribunal u organismo donde tramite el asunto encomendado, su estado y marcha, cuando así se lo solicite en forma y tiempo adecuados".

Además de este deber, existe el de explicar al cliente las diferentes vicisitudes que el caso puede presentar; las variantes posibles y la conveniencia o no de acudir a los estrados tribunales u a otros métodos alternativos de resolución de conflictos, etcétera.

Con alguna exageración, se ha dicho que "actualmente, la palabra abogado es sinónima de consejero: con la profusión de leyes es común que el más simple particular golpee la puerta del abogado en vista de instrucciones. De la misma manera que Virgilio guía al Dante en los círculos del infierno, cabe al profesional orientar al cliente en la verdadera selva oscura que es actualmente el ordenamiento jurídico"⁴².

Más allá de las exageraciones, respecto de los abogados, como de los médicos, la doctrina y la jurisprudencia insisten en el deber de informar.

El dictamen de la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, dedica varios párrafos al deber de información; se lee:

"4. El conocimiento, diligencia y prudencia que debe el abogado en el ejercicio profesional se integra con el deber de información al cliente, especialmente referido al amparo jurídico de la pretensión, indicando las posibilidades, sin dar certeza sobre el resultado".

⁴¹ Audiencia Provincial de Barcelona, 18-III-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, no. 624, setiembre 1996, Valencia, pág. 10.430.

⁴² Cfr. Siebenhütter de Andrade, *Falas*, op. cit., pág. 343.

"5. El deber de informar adecuadamente se integra de tal forma con el deber de dar consejo y con mayor razón si se tratara de especialistas".

"6. Debe apreciarse el deber de información teniendo en cuenta la condición del cliente, armonizándolo con el deber de requerir información a cargo del cliente".

En suma, "no se trata de atarigar al cliente con tecnicismos, descripción de estructuras procesales, fórmulas sacramentales o enunciados de diligencias secundarias"⁴³, sino de transmitirle los conocimientos mínimos para que comprenda la situación en la que está inmerso.

- Demandas interpuestas después de cumplido el plazo de prescripción

Uno de los presupuestos para que prospere la pretensión de daños y perjuicios contra el abogado a quien se imputa haber dejado prescribir la acción por no interponer la demanda dentro de los plazos legales, es la prueba de que el encargo fue hecho.

El estudio de la jurisprudencia debe ser muy cuidadoso en el análisis de las circunstancias fácticas que rodean cada caso; de otro modo, corre el riesgo de creer que enfrenta contradicciones donde no existen.

Así, por ejemplo, son correctas las siguientes sentencias:

La que rechazó la demanda interpuesta contra un abogado a quien sólo se le había encomendado asistir al acto de conciliación administrativa, sin que posteriormente se le otorgaran poderes para seguir con la tramitación judicial, ni se le adelantaran gastos. El tribunal afirmó que si bien, por lo general, "el encargo realizado a un abogado lo es también para todas las actuaciones posteriores, en el sublite debe llegarse a la conclusión contraria por tratarse de actos de naturaleza preparatoria (conciliación) sin que posteriormente se hayan desarrollado otros contactos"⁴⁴.

La que calificó de culpable la conducta del abogado que, habiendo promovido el acto de conciliación (que fracasó) interpuso la demanda cuando ya había caducado el plazo⁴⁵.

La que declaró que el simple silencio del cliente no puede inducir al profesional a dar por extinguido el mandato; por el contrario, entre sus diligencias, está la de interpelar formalmente al propio mandante con el fin de conocer si quiere continuar con la obra o no, pues de otro modo sus

⁴³ Barbier, E. A., *op. cit.*, pág. 382.

⁴⁴ Audiencia Provincial de Barcelona, 4-VII-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, ars. 615, diciembre 1995, Valencia, pág. 11.827.

⁴⁵ Audiencia Provincial de Málaga, 17-VI-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, ars. 610/11, julio-agosto 1995, Valencia, pág. 9414.

derechos estarán seriamente comprometidos, como efectivamente ocurrió en el caso en que el abogado no realizó ningún acto interruptivo por lo que prescribió la acción por los daños y perjuicios sufridos durante un accidente de tránsito⁴⁶. En ese caso, el abogado había recibido un poder para llegar a un acuerdo, incluso extrajudicial. La compañía aseguradora de la contraparte se puso en contacto con él, pero luego, ni las llevó adelante ni inició juicio; cuando retomó las conversaciones, la compañía invocó exitosamente la prescripción.

- Omisión de recurrir, interposición de recursos extemporáneamente, inasistencia a la audiencia para informar el recurso

Se ha dicho que "el mero hecho de no recurrir una determinada resolución judicial no puede constituir un incumplimiento contractual ya que no existe una norma de conducta que obligue al abogado a recurrir todas las resoluciones judiciales sino que tal hecho debe ser valorado técnicamente para apreciar la oportunidad de la interposición del recurso"⁴⁷. Tampoco hay culpa si el abogado no comparece a la vista de causa de un recurso de apelación siendo éste parte apelada, por que de esta ausencia no se deriva daño alguno para el cliente dada su posición procesal⁴⁸.

Sin embargo, el abogado que se obligó por contrato a apelar la sentencia desfavorable y no lo hizo pensando que el recurso era inútil, no puede adoptar una actitud meramente pasiva, dejando precluir el plazo, sino que debe informar al cliente e incluso apartarse de la defensa del asunto para permitir al cliente buscarse otro letrado que proceda a la interposición del recurso⁴⁹.

No exime al abogado, es una mera excusa, un argumento inconsistente, afirmar que, habiendo intervenido recién en la segunda instancia, etapa en la que fue contratado para redactar la expresión de agravios, no fue informado de la fecha en que los clientes fueron emplazados para comparecer ante la audiencia y, por tanto, no podía conocer cuándo finalizaba el plazo de diez días que el tribunal les concedió para comparecer con un nuevo procurador⁵⁰.

⁴⁶ Cass. Civ., 29-IV-1994, en *Responsabilità Civile e Presidenza*, vol. LIX, nro. 4-5, luglio-ottobre 1994, pág. 6356, con nota de Rata, Simoni, "La responsabilità dell'avvocato: alcune considerazioni in margine ad una riaffermazione della Suprema Corte".

⁴⁷ Audiencia Provincial de Barcelona, 23-XI-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 608, mayo 1995, Valencia, pág. 5655.

⁴⁸ Audiencia Provincial de Barcelona, 12-VI-1995, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 613/14, octubre-noviembre 1995, Valencia, pág. 12.145.

⁴⁹ Audiencia Provincial de Salamanca, 2-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, nro. 606, marzo 1995, Valencia, pág. 2812.

⁵⁰ Audiencia Provincial de Valencia, 1^o-X-1993, *Revista General del Derecho*, año L, nro. 593/593, febrero 1994, Valencia, pág. 819.

Cabe también apoyar la decisión del Supremo de España que confirmó —por no ser revisable en la instancia casatoria— la sentencia de la Audiencia de Valencia que condenó a reparar el daño moral a un procurador que traspapeló la expresión de agravios que el abogado le remitió desde Madrid, quedando desierto el recurso de la clientela común⁵¹.

3. La relación de causalidad adecuada

a) La dificultad del tema. Pautas generales

Como en la mayoría de las acciones de daños y perjuicios, es necesario acreditar que existe relación causal adecuada entre la conducta culposa del profesional y el daño producido; en otros términos, el juez debe verificar si la actuación negligente del profesional fue o no la causa de que el cliente no ganara el pleito, o, en general, de que el legitimado sufriera el daño.

Desde antiguo, se señala la especial dificultad de esta materia en el ámbito de la responsabilidad profesional del abogado; basta remitirse al fallo de 1891 de la Casación italiana que resolvió una acción interpuesta contra un abogado que había apelado tardíamente; dijo que esta conducta comportaba un incumplimiento contractual que daba lugar a la restitución de las sumas entregadas a título de gastos y compensación, pero no al resarcimiento de los daños derivados del vencimiento. La *ratio decidendi* puede ser resumida del siguiente modo: "siendo el producto del fenómeno judicial, o el resultado de la litis, el fruto del concurso de múltiples y normalmente imponderables factores (la conducta procesal de las partes, la energía puesta en la conducción de la litis, la opinión personal del juez, el estado de la doctrina y de la jurisprudencia en el tiempo y en el lugar en el cual el juez es llamado a pronunciarse, etc.), de hecho, es imposible efectuar una estimación preventiva"⁵².

Sin perjuicio de advertir la dificultad, doctrina y jurisprudencia tienen hoy una posición menos "trágica"; sus formulaciones, aunque no absolutas, sirven para guiar al intérprete.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que corresponde rechazar la demanda si "no existe la menor base para entender que la sentencia penal hubiera sido más favorable a la actora con otra defensa"⁵³; si no obstante haber interpuesto tardíamente una demanda, se ha determinado que la preten-

⁵¹ Tribunal Supremo de España, Sala 1.ª, 20-V-1896, *Actualidad Aranzadi*, diario del 30-V-1896.

⁵² Citado por Costantino, Nicola, "Colpa professionale dell'avvocato e chance di vittoria del cliente", *Danno e Responsabilità*, nro. 3, setiembre-octubre 1996, pág. 645.

⁵³ Audiencia Provincial de Lleida, 21-VII-1956, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 622-623, julio-agosto 1956, pág. 8293.

sión hubiese sido, de cualquier modo, rechazada en el fondo⁵⁴; si a pesar de la dilación de los procedimientos, el demandado hacía tiempo que estaba en insolvencia, por lo que de cualquier modo el actor no hubiese podido percibir el crédito⁵⁵.

b) La culpa de la víctima (normalmente, el cliente)

A veces, el daño tiene causa adecuada en la falta de colaboración del cliente; por ejemplo, no proporciona los datos de los testigos, no concurre a la audiencia fijada para absolver posiciones, etcétera, no obstante que el abogado ha cumplido eficientemente con su deber de información. La Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, especificó: "Para apreciar el nexo de causalidad entre la culpa y el daño no pueden obviarse los supuestos de inestabilidad jurídica y el obrar del cliente reticente".

Por aplicación de estos principios se ha resuelto que el abogado que no ejerció el derecho de retracto dentro del plazo legal no debe responder si el cliente no acredita que le dio el dinero para hacer el depósito en tiempo propio⁵⁶; si el abogado presentó la petición de ejecución de la sentencia que declaraba nulo el despido fuera del plazo de caducidad (previsto legalmente para ejecutar la sentencia), pero la otra parte no invocó la caducidad operada ni el juez tampoco por lo que quedó firme la resolución que dispuso el pago de la indemnización correspondiente, el abogado no debe responder aunque luego la patronal se presentara en quiebra y cuando el obrero pidió se le pagara la indemnización, le opusieron la caducidad y en lugar de discutir en el expediente que ya había otra decisión que había pasado en autoridad de cosa juzgada que le otorgaba el derecho a la indemnización, inició un juicio contra el abogado⁵⁷.

c) El error de hecho y el de derecho. La relación causal y el "iuris novit curia"

Se afirma con frecuencia que el error de derecho tiene menores consecuencias que el de hecho por cuanto puede quedar subsanado por aplicación del principio *iuris novit curia*.

⁵⁴ Corte de Casazione, Sez. III Civile, *Il Foro Italiano*, año CXXI, nro. 78, 1996, pág. 2386.

⁵⁵ T.S. España 28-XII-1996, *Revista General del Derecho*, año LIII, nro. 631, abril 1997, Valencia, pág. 3747.

⁵⁶ Audiencia Provincial de Lleida, 24-V-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 628/29, enero-febrero 1997, Valencia, pág. 1015 (en sustancia, el retracto se asumeja el derecho que los códigos procesales argentinos denominan sobreseimiento del juicio ejecutivo).

⁵⁷ Audiencia Provincial de Pontevedra, 23-I-1996, *Revista General del Derecho*, año LII, nro. 615, diciembre 1996, Valencia, pág. 34273.

El acerto, sin embargo, no es absoluto, pues el juez puede cambiar el derecho invocado, pero no la acción deducida. Así, por ejemplo, el error de derecho puede ser decisivo si entre diversas vías posibles, el profesional elige equivocadamente una, proscribiendo *interferente* la acción correspondiente a la correcta⁵⁴.

4. Las acciones de responsabilidad contra el abogado y la cosa juzgada

En la responsabilidad del abogado, análogamente a lo que ocurre con la del juez (ver *infra* IV.5.a.), podría parecer que, en algunos casos, el acogimiento de la demanda requiriese la previa "destrucción" de una decisión anterior que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Por ejemplo, si una persona afirma que fue condenada porque su abogado la defendió mal y no supo probar la existencia de legítima defensa, parecería que la procedencia de la acción requiriese analizar si la condena fue o no correcta.

Éste ha sido uno de los argumentos esgrimidos en Inglaterra para declarar la inmunidad del *barriester* (abogado de litigio)⁵⁵. En Argentina, algún voto también razona de modo similar; véase el siguiente: un abogado que interviene en el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal inició luego, en representación de su cliente (la esposa), un juicio por nulidad de ese acuerdo fundado, entre otras razones, en un vicio de la voluntad. La nulidad fue rechazada. La cliente inició, entonces, un juicio contra el abogado; en ese proceso se rindió prueba sobre los vicios de la voluntad denunciados en el juicio por nulidad (error y lesión). En uno de los votos que rechazó la demanda contra el abogado se lee: "toda la prueba fue innecesaria y extemporánea porque ya hubo una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada que impide plantear nuevamente lo ya resuelto en un decisorio que reviste la calidad de firmeza e inmutabilidad"⁵⁶.

La formulación, por su excesiva latitud, me parece equivocada; a diferencia de lo que sucede en los supuestos de responsabilidad del juez, cuando se juzga la del abogado no se intenta modificar los alcances de la cosa juzgada; no se afirma que la sentencia es equivocada, sino que a ese resultado (el correcto legalmente de acuerdo a lo que muestra el expediente) se llegó porque el abogado no aportó otra prueba, o no planteó la defensa que correspondía (por ej., la prescripción). Para rechazar la demanda bastaba, entonces, como surge del voto del otro juez interviniente, analizar la conducta del abogado en el juicio; en el caso, el letrado había

⁵⁴ Bustamante Alsina, Jorge H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 676-1345.

⁵⁵ No se duda, en cambio, en principio, de la responsabilidad del solicitante, es decir, el abogado que presta servicios fuera del litigio (p. ej., asesoramiento). Ver nota 107.

⁵⁶ Cám. Apel. en lo Civ., Com. y de Minería de General Roca, provincia de Río Negro, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 8, septiembre 1994, pág. 368.

asumido todas las diligencias y la causa del daño estaba en la actitud de la propia clienta, culpable del divorcio por adulterio que, para evitar que esta situación fuese conocida por sus hijos, consintió todas las imposiciones del marido (pese a los consejos de su abogado) en un proceso por mutuo consentimiento, en el que perdió casi todos sus bienes propios.

5. El daño. Una regla con excepciones: la indemnización de chances

Cuando la conducta a la que se le atribuye el daño ha acaecido en un juicio (sea por acción, sea por omisión), normalmente, lo que se indemniza son las chances y no la totalidad de lo petitionado en ese pleito, desde que se desconoce cuál habría sido el resultado de la acción si se hubiese iniciado, del recurso si se hubiese interpuesto, de la prueba si se hubiese rendido, del juicio si no hubiese concluido por caducidad de instancia, etcétera.

Salvo casos de excepción, "no es posible asegurar certeramente que mediante una acción profesional irreprochable se hubiera logrado una sentencia favorable en un 100%. Esto plantea la necesidad de medir la cuantía de la indemnización en función de la efectividad del daño sufrido, que no es la frustración de lo pedido en la demanda sino la privación de una probabilidad de ganancia o chance, susceptible de grandes variaciones según las circunstancias de cada caso y la ponderación del criterio que habría tenido el tribunal de haber tenido la posibilidad de expedirse en otras condiciones, que es lo que frustró la culpa del abogado con la declaración de la caducidad de instancia"⁶¹.

En suma, el Tribunal ante el cual se dirime el juicio por responsabilidad, debe analizar el caso "si no al modo de un tribunal de revisión, si haciendo un análisis de su prosperabilidad y de la prudencia o temeridad de su interposición y aun en estos términos, de obligada relatividad"⁶².

Bien se ha dicho que "debe valorarse la frustración del derecho de acceso a un recurso, debiendo recordarse que el derecho más progresista en cuanto a cobertura de riesgos viene incluyendo últimamente el resarcimiento de la simple "pérdida de oportunidades reales", expresión tomada del Derecho sajón y recogida por la jurisprudencia del TEDH en los casos Goddi del 8 de abril de 1984 y Colozza del 12 de febrero de 1985"⁶³.

⁶¹ Cám. Iª de Apelaciones Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala II, "Quitones o Villamil", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, tomo 4, nro. 5, junio 1994, pág. 435.

⁶² Audiencia Provincial de Barcelona, 10-VI-1994, *Revista General del Derecho*, tomo LI, nro. 6943, febrero 1995, Valencia, pág. 1050.

⁶³ Audiencia Provincial de Oviedo, 18-VI-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1995-4-167. En el caso, el tribunal tuvo también en consideración que el abogado había informado a la parte de la muy difícil procedencia de la pretensión, por estar prescrita la acción.

Por lo demás, aunque el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio, a veces, el daño se visualiza como necesariamente derivado de los hechos base del incumplimiento; en otros términos, surge *in re ipsa*, como es el caso del abogado que no presentó la demanda e hizo perder la acción del cliente en una cuestión que no daba lugar a ninguna duda, ni de hecho ni de derecho⁶⁴; o el del abogado, a cuyo empleado se le traspapeló la orden de embargo, por lo que la cautelar ordenada no fue trabada y luego el deudor transmitió el único inmueble que tenía, impidiéndose de este modo cobrar su deuda⁶⁵. Igual solución corresponde respecto del abogado que no renueva la cautelar trabada dentro de los plazos de caducidad permitiendo de este modo la venta del inmueble por parte del demandado.

En estos casos, la cuestión no reside en la existencia del daño en sí mismo, sino en su cuantificación. No siempre es el monto del crédito que el cliente del abogado tenía contra el tercero, ni el del valor del inmueble ilegítimamente sacado del patrimonio, pues puede suceder que el valor de ese bien no coincida con el crédito; puede ser mayor o menor; en el primer caso (el inmueble embargado es de un valor superior al crédito), la indemnización debida por el abogado negligente no puede superar el valor del crédito que su cliente no pudo cobrar; en el segundo (el monto del crédito es superior al valor del bien), no puede superar el valor del inmueble que salió ilegítimamente del patrimonio, pues su conducta negligente no causó el daño sino hasta el valor de ese bien⁶⁶.

Hay, sin embargo, un daño que no puede ser discutido: el de las costas que el damnificado debió pagar por la conducta negligente del abogado.

IV. DAÑOS CAUSADOS POR NOTARIOS

1. Normativa

A diferencia de lo que acontece con los abogados, en el Código Civil argentino existe el artículo 3671 que se refiere, específicamente, a un

⁶⁴ Cfr., Audiencia Provincial de Barcelona, 34-V-1994, *Revista General del Derecho*, año LI, ars. 603, diciembre 1994, Valencia, pág. 13.397.

⁶⁵ Audiencia Provincial de Barcelona, 14-XII-1993, *Revista General del Derecho*, año L, ars. 596, mayo 1994, Valencia, pág. 5232.

⁶⁶ En su sentencia del 17-XI-1995, la Sala 1ª del Supremo sostiene que para la determinación del daño debía tenerse en cuenta el valor real de los inmuebles y no el otorgado en la subasta de los mismos en la que había resultado adjudicatario el ejecutante y que no pudo inscribirse porque en el ínterin habían salido del patrimonio del ejecutado por no haberse renovado la anotación del embargo. Sentuvo el tribunal que en este caso lo que el ejecutante perdía realmente fue la propiedad de tales bienes, que hubieron pasado a su patrimonio si no hubieran salido por haber caducado la anotación del embargo (Claridad Anunciada, boletín del 30-XI-1995).

supuesto de responsabilidad del escribano: la de quien tiene en su poder o en su registro un testamento de cualquier especie, por los daños y perjuicios que ocasione su omisión en ponerlo en conocimiento de las personas interesadas luego de morir el testador.

2. Tipos de notariado⁴⁷

a) Sistemas:

La profesión notarial está regulada de diversos modos. Con trazos excesivamente gruesos, pueden enumerarse los siguientes sistemas:

- *Notario profesional* (imperante en Inglaterra, Estados Unidos de América, Suecia). Al igual que los abogados, pueden ejercer esta profesión en número ilimitado. Tienen función certificante y no legitimadora y, por eso, el instrumento que emiten tiene sólo el valor de la prueba escrita.

- *Notario funcionario estatal* (rige en Andorra, Dinamarca, etc.). El escribano es designado y pagado por el Estado. A veces, es un funcionario judicial, otras, pertenece a la Administración.

- *Notario profesional investido de función pública*. Admite dos variantes:

- 1) Libre: hay ilimitado número de plazas (Uruguay).
- 2) Latino puro: la profesión está regida por el *numerus clausus*.

b) El sistema argentino

Desde hace muchos años, la doctrina discute a cuál sistema adhiere el ordenamiento argentino. No pretendo transar la disputa pero al parecer, la opinión mayoritaria se inclina por entender que el escribano es un *profesional del Derecho que cumple una función pública*. Así lo declararon las Jornadas Sanjuanas de Derecho Civil (1952) y las Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, provincia de Buenos Aires, 1981⁴⁸.

c) Sujeto al que se destinan estas reflexiones

Limito estas reflexiones al llamado "escribano de registro", o sea, al que "poseyendo título o diploma profesional obtenido luego de cursar y aprobar los estudios universitarios, se desempeña, previa habilitación de la autoridad competente para el ejercicio de la fe pública o función fedante, como titular o adscripto de un registro de escrituras públicas, pu-

⁴⁷ Para esta cuestión ver, fundamentalmente, Bueres, Alberto, *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammarabi, Buenos Aires, 1984, págs. 3 y sigs.

⁴⁸ Las recomendaciones de estas encuestas se transcriben en Bueres, A., *Responsabilidad...*, *op. cit.*, págs. 143 y sigs.

diendo autorizar el otorgamiento de éstas, las que constituyen instrumentos públicos"⁶⁸.

d) Características de la función del escribano de registro

- El escribano de registro ejerce una función pública delegada por el Estado (dar fe).

No desconozco que esta tesis ha recibido embates importantes; un argumento significativo es que, a diferencia de lo que acontece con la función pública en general, no hay relación jerárquica entre el notario y el Estado. Sin embargo, en Argentina, la cuestión parece haber sido zanjada por la Corte Federal quien tiene dicho que "la facultad que se atribuye al notario de dar fe a los actos que celebre conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro"⁶⁹.

- Su libertad para contratar está restringida. A diferencia del abogado, el escribano de registro no "elige de modo totalmente libre a sus clientes" sino que, en principio, debe prestar los servicios que se le reclaman siempre que no sean contrarios al ordenamiento, la moral y las buenas costumbres.

3. Naturaleza de la función y de la responsabilidad frente a los celebrantes y frente a los terceros

Sea o no un vínculo contractual el que une a los celebrantes del acto con el notario, su responsabilidad se rige por las normas que dominan el ámbito de la responsabilidad contractual, aunque el escribano haya sido propuesto por una sola de las partes y el daño lo invoque el que no lo propuso⁷⁰.

En algunos países (Francia, p. ej.) se ha llegado a sostener, con alguna exageración, que la jurisprudencia es tan rigurosa con los notarios que la responsabilidad ya no se funda en la culpa sino en el riesgo profesional⁷¹.

En otros, en cambio, según la opinión mayoritaria, la responsabilidad es de tipo subjetivo, siendo suficiente la culpa.

⁶⁸ Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad del escribano público", en *Las Responsabilidades Profesionales. Libro Homenaje a Luis G. Anderson*, Platense, La Plata, 1992, pág. 336.

⁶⁹ CSJN, 23-VI-1992, "Colegio de Escribanos s/verif. de libros de requerimientos de firmas del escribano Enrique Garrido", *Iber. Jud.*, 1993-2-329 y J.A., 1993-II-56.

⁷⁰ Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptorios de actos que requieren publicidad", J.A., 1982-IV-41.

⁷¹ Decarua, J. P., *op. cit.*, pág. 127. En Italia, parece compartir este criterio, Visintini, G., *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, cit., pág. 273.

Por lo demás, es factible la absolución penal de un escribano, por no configurar su conducta un tipo penal y, sin embargo, responder civilmente. Así por ejemplo, se absolvió a un notario, a quien se imputaba haber protocolizado un acta sin verificar fehacientemente la documentación aportada por dos personas, que se presentaron como presidente y director de una sociedad anónima sin serlo, lo que permitió que en otra escritura de la misma fecha se concretara una operación inmobiliaria que había sido rechazada por una asamblea de la sociedad⁷³.

4. Antijuridicidad y culpa. Algunos casos especiales

La contrariedad de la conducta con el ordenamiento y, consecuentemente, la omisión de las diligencias debidas presentan determinadas características en ciertos deberes impuestos a los notarios. Me referiré a algunos casos particulares:

a) El deber de consejo e información

Se ha dicho que el deber de consejo del notario ha sido, hasta ahora, "de geometría variable"; mientras el cliente es menos experimentado, mayor es su extensión; consecuentemente, durante mucho tiempo, la experiencia profesional de un comprador o de un vendedor en el campo inmobiliario permitió atenuar la responsabilidad, desde que "un experto no es lo mismo que un profano". Sin embargo, los tribunales franceses, con la Corte de Casación a la cabeza, han modificado esta posición, dándole a la obligación de consejo una envergadura que algunos autores han calificado de "impresionante"; así por ejemplo, se ha acogido la demanda interpuesta por un banco contra un escribano que no verificó la situación hipotecaria del inmueble, o no le advirtió que el mutuario era una sociedad que aún no se encontraba inscrita en el registro⁷⁴.

Respondiendo a la tendencia que amplía la responsabilidad profesional, se afirma que el deber de consejo del notario se extiende a los elementos instrumentales que pueden implicar pérdida de un derecho. Así por ejemplo, en Francia, se hizo responsable a un escribano que dejó constancia en la escritura pública que el precio se cancelaba con un cheque, sin especificar que éste se recibía *pro solvendo* y no *pro soluto*, es decir, que si no se cobraba subsistía el precio de la venta.

⁷³ Cám. Mac. Crim y Carcer., Sala 4ª, 29-III-1995, "Reynolds, Juan", J.A., 1995-IV-574. El caso, a no dudarlo, hubiera dado lugar a la condena civil si hubiera habido constitución de actor civil en el proceso penal.

⁷⁴ Decarps, J. P., op. cit., pág. 130. En Argentina, en cambio, la Corte Federal liberó de responsabilidad al Estado por el error registral en un caso en que una entidad financiera había dispuesta al escribano de hacer el estudio de títulos y de verificar el estado pasivo (cf. CSJN, 11-XII-1986, "Invernia s/Feis. de Bs. As.", J. L., 1987-C-144 y J.A., 1987-II-105).

b) La redacción de las escrituras públicas y actas conforme a la ley

Un fin esencial de la función notarial es dar seguridad jurídica a los celebrantes; para lograr esa finalidad, debe tener los conocimientos técnicos necesarios para que los instrumentos que autoriza sean redactados conforme a las disposiciones legales; por eso, debe responder, por ejemplo, por la declaración de nulidad de un testamento por instrumento público que adolece de defectos de forma. Comparto, consecuentemente, la doctrina francesa que afirma que el notario debe ser un jurista, y un buen jurista y debe poner todos sus esfuerzos para asegurar la eficacia jurídica del acto que instrumenta⁷⁵.

Comparte esta posición el despacho de las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) que dice: "la obligación del escribano de autorizar una escritura instrumentalmente válida es una obligación de resultado".

c) La fe de conocimiento

- La fe de conocimiento y el juicio de identidad

Algunos autores españoles distinguen la *fe de conocimiento* (el escribano declara conocer a la parte celebrante) del *juicio de identidad* (el escribano dice que le justificaron la identidad con documento nacional de identidad). Sin embargo, de la distinción no parece derivarse diferente régimen. En Argentina, en cambio, Bueros propone sustituir la expresión *fe de conocimiento* por *fe de identificación*⁷⁶; de cualquier modo, la opinión dominante entiende que "aunque el escribano recurra al control del documento de identidad que se le exhibe para iniciar y completar la formación de un juicio de conocimiento debe, además, efectuar un análisis de los elementos y datos que del documento surgen en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que se ha de instrumentar, debiéndose extender tal análisis a circunstancias que rodean a la operación y que de un modo o de otro, pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes"⁷⁷; con idéntico criterio se ha resuelto que "el escribano que da fe de conocimiento del otorgante de un poder, debe analizar con diligencia, escrúpulo y prudencia, no sólo el documento de identidad que se le exhibe, sino también la totalidad de los elementos

⁷⁵ Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 3^o ed., Rep. du Notariat Défensio, Paris, 1981, pág. 82.

⁷⁶ Bueros, Alberto, *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pág. 93.

⁷⁷ Cám. Civ. Com. Crim. y Correccional de Neuquén, 18-III-1994, "Coronel o Torres Parayra", L.L.C., 1994-728 (en el caso, se obstante verificarse la culpa de la escribana, la demanda se rechazó por falta de legitimación activa).

precisos y coherentes con los que puede formar un acabado juicio de certeza"⁷⁹.

En la misma tendencia, las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) dijeron:

"La denominada obligación de dar fe de conocimiento exige al escribano un juicio de certeza cuya inobservancia genera responsabilidad. La sola exhibición de un documento de identidad no es suficiente para que el escribano dé fe de conocimiento. El notario, cuando no conoce a las partes, puede autorizar la escritura y dar fe de conocimiento, si previamente adquiere la convicción sobre la identidad de los otorgantes, sin necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento (art. 1002. Cód. Civ.). Cuestionada la fe de conocimiento por un tercero:

"Despacho A: es a cargo del notario la prueba de los hechos que lo llevaron a la convicción sobre la identidad de los otorgantes.

"Despacho B (sostenido exclusivamente por el notario Ahumada): es a cargo del tercero la prueba en razón de la fe pública que inviste a sus actos y que se prueban por sí mismos".

- Algunas normas especiales

El artículo 23 de la Ley del Notariado española dice: "El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes inducido a error sobre la personalidad de éstos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo. Pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados".

La Dirección General de los Registros Notariales ha interpretado que de esta norma no se deduce una responsabilidad civil automática del notario sino que es menester que haya culpa del escribano, por aplicación de los principios generales. O sea, según el criterio de este prestigioso organismo, la responsabilidad penal exige dolo; la responsabilidad civil culpa, y ésta no se presume.

Un ejemplo de este criterio es la decisión que liberó al notario que no dio fe de conocimiento, sino que dijo que la identidad se había acreditado con un documento de identidad, que finalmente resultó falsificado por el compareciente (usó el documento del propietario, que había muerto, cambiándole la foto); el fallo no libera porque el artículo transcrito hace responsable al que había dado fe de conocimiento y en el caso mediaba

⁷⁹ CNCiv., Sala A, 7-IV-1968, "Bco. Comercial del Norte S.A. o/Kohan", L.J., 1968-E-291.

sólo un juicio de identificación, sino porque en opinión del sentenciante no se había probado la culpa del notario, quien fue engañado, merced a la falsificación del documento⁷⁹.

- La fe de conocimiento y la responsabilidad del notario por el adscripto

Según algunos fallos, dar fe de conocimiento es una actividad personalísima; por eso, el escribano titular no respondería del incumplimiento de las normas relativas al deber de fe de conocimiento por parte del adscripto. En tal sentido se ha dicho: "El escribano titular responde genérica y objetivamente por las incorrecciones o errores provocados por negligencia del adscripto sólo cuando sean susceptibles de su apreciación y cuidado, mas no cuando se trata de actos que no puede verificar ni controlar, mas lo es la prestación de la fe de conocimiento, en cualquiera de sus variantes, que es una afirmación personal del adscripto"⁸⁰.

No comparto esta opinión, aunque reconozco que cuenta con muchos adeptos. Explicaré por qué:

En Argentina, el artículo 23 de la ley nacional 12.990 dice: "Los escribanos adscriptos, mientras conserven ese carácter actuarán dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular y simultáneamente e indistintamente con el mismo, pero bajo su total dependencia y responsabilidad y reemplazarán a su regente en los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio. El escribano titular es el responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de sus adscriptos en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado".

Creo que la ley es bastante clara; por mucho que se argumente y distinga, en mi opinión, este artículo hace responsable al titular por las negligencias del adscripto⁸¹.

d) Constatación de la capacidad del otorgante y de su estado de familia

Para un importante sector doctrinal no pesa sobre el escribano el deber de requerir al otorgante documentación relativa a su estado. En otros términos, el notario tiene la facultad de requerir este instrumental, pero no el deber; por tanto, quedaría fuera del ámbito de la identificación

⁷⁹ DGBN R, 13-IX-1995, *Revista Jurídica Española La Ley*, no. 4, 1995, pág. 412.

⁸⁰ CNCiv., Sala A, 16-II-1996, "Figueroa, Carlos o/Figueroa", J.A. 1996-II-381 y L.L. 1996-B-55, con nota de Gualt Post, Jaime, "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscripto", idem, 7-IV-1998, "Rev. Comercial del Norte S.A. o/Kahan", L.L. 1998-E-297.

⁸¹ Buzza, A., *Responsabilidad Civil del Escribano*, cit., pág. 121.

lo atinente al estado de familia, capacidad, estado mental del individuo, etcétera⁸². No comparto esta posición; si bien es cierto que el notario no es un perito médico para poder determinar si una persona está o no mentalmente sana, ha alcanzado o no cierta edad, etcétera, en ciertos supuestos, un criterio mínimo de razonabilidad le imponen exigir ciertos elementos corroborantes de su convicción inicial. Recuérdese, una vez más, la figura abierta que define a la culpa en el Código Civil argentino: "la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias...". Por lo demás, la eficacia y vigencia efectiva de algunas normas protectoras de la vivienda familiar requieren el control del escribano (tal lo que sucede, p. ej., con la exigencia del asentimiento conyugal para vender el inmueble donde asienta el hogar familiar, aunque sea propio de uno de los cónyuges, si existen hijos incapaces⁸³).

e) Estudio de títulos

La jurisprudencia italiana resuelve, desde 1959, que el notario está obligado a cumplir el encargo que las partes le han confiado "con la diligencia propia de un profesional suficientemente preparado y avezado" (*diligenza del professionista sufficientemente preparato ed avveduto*); por lo tanto, su obligación se extiende a la actividad preparatoria y sucesiva, llamada "visado" (*visura*) catastral e hipotecario, necesaria para individualizar exactamente el inmueble y verificar su estado, obligación de la cual puede ser exonerado, por motivos de urgencia o por otras razones, solo por acuerdo y expresa dispensa de las partes⁸⁴.

Se razona del siguiente modo: Es obvio que quien adquiere un bien desea realizar una adquisición válida y plenamente eficaz. En vistas a tal resultado, no se puede pretender, indudablemente, que el notario prevea todas las posibilidades de conductas de modo tal que la adquisición sea impugnable e inatacable bajo cualquier aspecto (si así fuera, debería verificar, por ejemplo, la solvencia del vendedor, para saber si está o no en el período de sospecha). Pero, frente a las declaraciones de las partes de enajenar y adquirir un bien libre de todo gravamen, no excede del límite de la diligencia ordinaria y responde a una elemental exigencia,

⁸² Bueres, A., *Responsabilidad Civil del Escribano*, cit., pág. 103.

⁸³ Para este cuestión, me remito a mi obra *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1985, pág. 304.

⁸⁴ Ver jurisprudencia citada por Petrelli, Gaetano, *Visura Ipoteccaria. Responsabilità Civile del Notaio. Limiti del Danno Rimovibile*, Giuffrè, Milano, 1994, pág. 7. El autor explica que el criterio jurisprudencial transcrito es obra de una evaluación sociológica de la función del notario, pues antes de 1959 la Casación se ponía sobre el notario el deber de estudiar las antecedentes registrales y catastrales del título y sin embargo, la legislación no ha cambiado.

exigir que el notario, valiéndose de los medios usuales que el ordenamiento jurídico presta a tal fin, deba previamente verificar si el bien está libre, siempre que las partes, por razones de urgencia o por cualquier otra razón no lo hayan expresamente dispensado previamente. La investigación preventiva catastral y registral, hace, normalmente a la preparación del acto y por eso constituye un presupuesto necesario del cumplimiento de la obligación profesional⁸⁵.

La jurisprudencia que vengo reseñando funda el deber del notario de estudiar los antecedentes registrales y catastrales en:

- El principio de buena fe;
- Los usos integrativos del contrato de servicios⁸⁶.

Por aplicación de estas reglas la Casación italiana condenó, fundada en el artículo 1176 del Código Civil italiano ya citado, al notario que, consultado en la etapa preliminar, redactó un contrato cuyo contenido había sido predispuesto por las partes y no propuso al adquirente hacer el visado registral con el fin de determinar que el inmueble objeto de la promesa de transferencia estaba libre de gravámenes. El actor (el adquirente) le imputaba al escribano haber redactado el contrato y haber ocultado, conociéndola, la existencia de una hipoteca. El tribunal tuvo en cuenta para la condena, la circunstancia de que la hipoteca había sido autorizada por el mismo escribano poco tiempo antes⁸⁷. Ciro de Lorenzo ha criticado la solución; entiende que el tribunal ha sido excesivamente severo al no considerar relevantes dos hechos fundamentales: que se trataba de un preliminar y que el contenido del negocio había sido proporcionado al notario. Afirma que los escribanos se encontrarán, frente a esta sentencia, como el protagonista del delicioso libro de Zanelli, titulado *"Il Turbamenti de un Giovanni Nornio"*, publicado en 1993. No comparto esta crítica; estimo que más allá de la discusión que encierra a los autores italianos sobre si en su ordenamiento positivo existe o no la obligación de pedir el certificado, en el caso, como bien lo ha señalado Quaranta al anotar el fallo bajo comentario, la circunstancia de haber sido el mismo escribano quien confeccionó la hipoteca anterior, justificaba sostener que éste había actuado en contra del principio de buena fe y sin examinar las diligencias que el caso requería⁸⁸.

⁸⁵ Petrelli, G., *op. cit.*, pág. 20.

⁸⁶ El argumento originario de la Corte de Casación, luego rectificada, era que la venta de una casa gravada era nula y que el notario estaba obligado a realizar todo lo posible para que los actos celebrados por las partes fuesen válidos y no nulos (*cf.* De Lorenzo, *Ciro, "Contratto preliminare e visure ipotecarie non consigliate"*, *Danno e Responsabilità*, nro. 2, 1998, pág. 226).

⁸⁷ Cassazione Civile, Sez. II, 18-X-1993, *Danno e Responsabilità*, nro. 2, 1998, pág. 208.

⁸⁸ Quaranta, Adelaide, "Stipulazione del contratto e responsabilità del notaio", *J. Casuarii*, 1996-3-237.

El mismo tribunal, en cambio, confirmó una sentencia de los jueces de grado que rechazaron la acción contra el notario que sólo mencionó en la escritura la existencia de "una hipoteca y una inscripción de fecha...". La última expresión hacía referencia a la inscripción de un embargo, que luego causó la subasta del inmueble. Los adquirentes iniciaron un juicio contra el escribano; sostuvieron que era obligación del profesional advertir y precisar a los compradores que la adquisición era inoponible al embargante, explicarles en términos laicos y comprensibles qué significaba la referencia a la inscripción. Los tribunales de grado extrajeron, de las constancias de la escritura, la presunción de que la cuestión había sido discutida entre las partes y liberaron al profesional, pues de los términos del documento se derivaba que los adquirentes no podían ignorar el contenido real de la expresión usada (*inscripción de fecha...*). La Corte, aunque confirmó la decisión por tratarse de cuestiones de hecho expresó una idea muy importante: "aunque se trate de una obligación de medios, el profesional debe desplegar los medios necesarios en vista a la obtención del resultado querido por las partes con la diligencia media de un profesional suficientemente preparado y advertido, pues su obra no puede reducirse a la de un pasivo registrador de la declaración de otro, sino que debe extenderse a una actividad preparatoria adecuada"⁸⁹.

En Argentina, con razonable rigor, se ha resuelto que "el estudio de títulos configura una típica obligación de resultado. Siendo así, su incumplimiento generador de daños da origen a una responsabilidad de tipo objetivo, con fundamento ya sea en la idea de garantía, tutela especial del crédito o riesgo creado. Por ende, el deudor incumplidor sólo puede eximirse de responsabilidad probando la causa ajena, comprensiva tanto del caso fortuito en sentido estricto como de culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder"⁹⁰.

En la misma tendencia, los autores presentes en las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1992) declararon que la función del escribano no se limita a la faz instrumental sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes, orientando a la validez sustancial del negocio. Son obligaciones del escribano: "tramitar los certificados exigidos por la ley 17801 con anticipación suficiente al acto escriturario y noticiar a los otorgantes de cualquier restricción al dominio o a la libre disponibilidad que informe el registro".

⁸⁹ Caso. Civ. 26-V-1993, con nota de Bata, Simana, "La diligencia del notario tra obblighi e diritti moderni", *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. LIX, nro. 3, 1994, pág. 326.

⁹⁰ Fallo de primera instancia del Dr. Vázquez Ferrerola del 1º-XI-1994, confirmado por la Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 2ª, 24-IV-1996, "Cervia Juan y otros otorgadores de Gregoria Ansalbe", J.A., boletín del 11-VI-1997.

*β Otros actos complementarios de las escrituras públicas**- Tener a la vista los certificados de "libre deuda"*

Se ha estimado que no es deber del escribano la obtención de los certificados administrativos de libre deuda de impuestos y tasas, ya que el escribano puede escriturar teniendo a la vista los recibos justificativos del pago de tales obligaciones, asumiendo una responsabilidad personal frente al Fisco nacional, provincial o municipal por la deuda que resulte impaga⁸¹.

- Pedir el certificado para lograr prioridad extrarregistral

La legislación registral argentina regula el certificado de prioridad, figura jurídica a través de la cual se produce el mal llamado "bloqueo registral" cuyo efecto es otorgar prioridad extrarregistral al acto de transmisión sobre otros actos jurídicos que puedan afectar el inmueble objeto del negocio. No obstante los estrictos términos de la ley⁸², prestigiosa doctrina sostiene que el registro no puede denegar la inscripción de un título expedido sin certificado; lo que sucede, es que la prioridad recién se ganará con la inscripción (prioridad directa)⁸³ y no tendrá efecto retroactivo al momento de la certificación (prioridad indirecta). En consecuencia, si por no haber solicitado el certificado, las partes del negocio transmisor pierden la prioridad y deben soportar alguna cautelar u otro tipo de gravamen, el notario responderá por este daño, salvo que los celebrantes lo hubiesen dispensado expresamente de la obligación de solicitarlo.

- Obligación de rogar la inscripción de los títulos en los registros respectivos

a) Algunos ordenamientos (p. ej., la ley francesa) prevé expresamente la obligación a cargo del notario de inscribir el título autorizado por ante el registro respectivo; frente a estos textos, la doctrina no duda en calificar de conducta omisiva culposa el incumplimiento de esta obligación legal cuya consecuencia es el deber de reparar los daños causados⁸⁴.

⁸¹ CNCN, Sala C, 31-III-1976, "Escalera o/Arrechátegui", *J. D.*, 63-485 (claro que la frase no fue pronunciada en un juicio de responsabilidad civil del escribano sino en uno por escrituración).

⁸² El art. 23 de la ley 17.821 dispone: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consignó el estado jurídico de la finca y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorgan deberán consignar el número, fecha y constancias que resultan de la certificación".

⁸³ El art. 25. 2do. párrafo de la ley 17.821 dispone: "Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado".

⁸⁴ Aubert, Jean Luc, *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 2^a ed., Rep. de Notariat Défensiois, París, 1981, pág. 78.

b) Aun en los países en que no hay disposición expresa, la doctrina mayoritaria afirma la existencia de esta obligación en cabeza del notario, con estos argumentos:

- La ley no es la única fuente del derecho; la costumbre también genera obligaciones y hay una conciencia generalizada de que el notario no concluye su función autorizando el título, sino que debe rogar su inscripción en el registro pertinente;
- El notario debe actuar con imparcialidad y en beneficio común de las partes que celebraron el negocio;
- El resultado práctico de no imponer la obligación a los notarios es el aumento de inexactitudes registrales, tornando inseguro el registro⁸⁰, etcétera.

En esta línea de pensamiento, las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) declararon que: "es obligación del escribano entregar el título debidamente inscripto ante el registro y organismo respectivo, respondiendo en caso de omisión o inscripción tardía".

c) En opinión de Moisset de Espanés la obligación de inscribir no es de resultado, sino de medios; consecuentemente, el escribano se libera si prueba que presentó el título pero se perdió (o traspapeló) dentro del registro⁸¹. Para otros autores, en cambio, se trata de una prestación compleja de resultado⁸², razón por la cual, probado el incumplimiento, el factor subjetivo de imputación se descarta e incumbe al deudor la prueba del caso fortuito.

En mi criterio, no hay una verdadera obligación "de inscribir", pues la inscripción, en sí misma, no está a cargo del notario sino de los funcionarios del registro; el contenido de la obligación notarial es *presentar los títulos para su inscripción y realizar las diligencias para salvar los obstáculos que pueda oponer el registro*. De allí que, la obligación de *presentar los títulos* es de resultado; la de *salvar los obstáculos*, en cambio, es de medios.

Confirma este criterio una sentencia que resolvió que si la falta de inscripción permitió que tres de los condóminos volvieresen a vender el in-

⁸⁰ Alberini, Jorge H., su voto, CNCiv., Sala C, 5-XI-1978, "Quiroga, Remedios c/ Viale", E.D., 71-399 y L.L., 1977-B-174. En el caso, se omitió inscribir la escritura hipotecaria y, consecuentemente, el derecho real de garantía no pudo oponerse en la quince posterior del deudor.

⁸¹ Moisset de Espanés, Luis, "La obligación de inscribir y la función notarial", *Revista Tribunales*, año II, nro. 4, 1988, pág. 88, conf. Acquarone, María, "Escribanos: carácter de la obligación de reparar", L.L., boletín del 8-VII-1997, comentario al fallo nro. 95.644 de la CNCiv., Sala A, 13-III-1998, que a diferencia de la autora que le comenta se erróla en la tesis de que se trata de una obligación de resultado.

⁸² Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptivos de actos que requieren publicidad", J.A., 1962-IV-48.

mueble enajenado, es insuficiente para eximir al notario que la escritura dijese que "previo a la inscripción la compradora debe pagar los impuestos que recaen sobre el inmueble"; si este tipo de cláusulas fuesen suficientes para liberar al escribano, terminarían por ser incorporadas como cláusulas de estilo⁹⁸.

d) El notario está obligado a hacer conocer a las partes las dificultades u obstáculos que el proceso inscriptorio haya tenido con el fin de que se intenten los recursos pertinentes⁹⁹.

e) El hecho de la privación del protocolo no seguido de suspensión o inhabilitación, no constituye un caso de fuerza mayor por lo que no es causal para liberar al escribano por la no inscripción de las escrituras otorgadas por él con anterioridad a la medida sancionatoria administrativa¹⁰⁰.

5. Causalidad

El notario sólo debe reparar los daños que tienen relación causal adecuada con su conducta. Por eso, no responde si se canceló erróneamente una hipoteca (desde que el compareciente al acto no era el acreedor hipotecario), pero esa conducta no fue la que produjo el daño al acreedor, pues cuando se inició la demanda para cobrar el crédito, éste ya estaba prescrito¹⁰¹; si el escribano omitió inscribir la hipoteca, pero el gravamen era en segundo grado y el primero consumía el valor total de lo obtenido en la subasta, etcétera.

6. Eximentes de responsabilidad

a) El dolo de la víctima

La Casación francesa confirmó la decisión de una Corte de Apelaciones que rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un adquirente contra el abogado y el notario, pues aunque uno y otro incurrieron en una culpa profesional al no advertirle sobre los riesgos de la nulidad del contrato, el comprador intervino fraudulentamente en la venta de un inmueble, no obstante saber que allí tenía la residencia

⁹⁸ Cám. 2ª Apel., Paraná, 3-IV-1993, "Martín o/Battaux", E.D., 161-348, con nota de Cifuentes, Santos, "El incumplimiento del escribano del deber de inscribir la escritura de compra en el registro de la propiedad".

⁹⁹ Malaret de Espinós, L., op. cit., pág. 88.

¹⁰⁰ Cám. Apel. de Junín, 20-V-1982, "Salerno, Oscar o/Dicenta, Rodolfo", J.A., 1982-IV-20.

¹⁰¹ CNCI v., Sala A, 16-II-1995, "Figueroa, Carlos o/Figueroa", I.L., 1995-B-63, con nota de Giraffi Post, Jaime, "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscriptor".

familiar la espasa y los hijos incapaces del vendedor, que falleció dos o tres días después¹⁹².

b) Culpa de la víctima

A lo largo de estas líneas he citado muchos supuestos en que los tribunales han rechazado las demandas o reducido sus montos fundados en una culpa exclusiva y notoria de los pretensesores.

V. EL DEBER DE LOS JUECES DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO

I. Ideas preliminares

Carmelutti decía hace más de treinta años: "El peligro del error judicial es como una gran nube que oscurece el cielo del Derecho procesal"¹⁹³. A los seres humanos nos gustan los cielos claros; por eso, la idea de que puedan proceder demandas contra los jueces (o el Estado) con fundamentos en el error judicial, perturba los espíritus más serenos.

El tema es extremadamente complejo y "presupone elecciones de fondo y de debate en numerosas direcciones"¹⁹⁴. Estos caracteres justifican la existencia de una profusa bibliografía europea sobre la materia¹⁹⁵.

¹⁹² Cass. Civ. 1°, 16-VI-1992, *Stu Cangrande Immo, Rivista Delfin Sirey*, núm. 24, 24-VI-1993, pág. 215, con nota de Aubert, Jean Luc, "Fautes desproportionnées et recours entre consorts".

¹⁹³ Citado por Vanni, Roberto, *Nuovi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, pág. 85.

¹⁹⁴ Scotti, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 2.

¹⁹⁵ La cuestión de la responsabilidad civil del magistrado ha sido profundamente estudiada en Italia, país donde tampoco faltan excelentes monografías sobre la responsabilidad disciplinaria (véase Mele, Vittorio, *La Responsabilità Disciplinare dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1987). Para la doctrina anterior al referéndum de noviembre de 1987, "Il referendum indipendenza e responsabilità del magistrato", *Atti del Congresso Nazionale Promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati, Sezione del Veneto e della Giunta Regionale del Veneto*, Venezia, 3-VII-1986, bajo la dirección de Ennio Furlana y Antonio Padellaro, Cedam, Padova, 1987; Cappellotto, Mauro, *La Responsabilità de los Jueces*, trad. S. Amador, Joz, La Plata, 1988 (el título original de la obra es *Wno odpowiedzialności Sędziowskiej*, Coraggio, Luigi P., "Direzione del processo e responsabilità del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXII, Cedam, Padova, 1977, pág. 14; Chiomenti, Filippo, "Il XVI Congresso della Associazione Nazionale Magistrati (Riflessioni su potere e responsabilità del giudice)", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, año LXXIV, 1978, pág. 168; De Vita, Anna, "A mali estremo, prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le esigenze del regime moderno", *Quaderns*, núm. 2, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 394; Ferri, Giovanni B., "Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino", *Quaderns*, núm. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 352;

Algunos plantean el tema como el gran dilema entre garantías procesales y responsabilidad del juez¹⁶⁶:

¿Se quieren garantías procesales? No hay responsabilidad del juez.

¿Se prioriza el derecho de las víctimas a ser reparadas? El juez debe responder.

En mi opinión, la cuestión no debe ser planteada en términos tan absolutos. A lo largo de estas líneas explicaré por qué.

2. Sistemas

Con pautas muy laxas, pueden enumerarse dos sistemas extremos:

a) De la inamidad, o negatorio de la responsabilidad

Se encuentra, principalmente, en los países del *common law*¹⁶⁷.

Martini, Roberto y Rossi, Riccardo, "Giurisdizione e responsabilità (cronaca di un convegno)", *Ministero di Diritto Processuale*, vol. XLII, Cedam, Padova, 1987, pág. 363; Pellegrino, Giuseppe, "La prassi dei tribunali fallimentari e la responsabilità civile del magistrato", *Il Diritto Fallimentare*, annoa LXII, nro. 6, noviembre-diciembre de 1987, pág. 583; Pellegrino, Giuseppe, "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", *Il Diritto Fallimentare*, annoa LXII, nro. 2/3, Cedam, Padova, 1987, pág. 342; Pizzanasso, Alessandro, "La responsabilità del giudice", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 365; Scarpelli, Umberto, "La parte della stella", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 378; Trimarchi, Pietro, "La responsabilità del giudice", *Quadrimestre*, 1986 nro. 3, Giuffrè, Milano, pág. 366; Vigariti, Vincenzo, "Il problema della responsabilità del giudice tra modelli di *Common Law* e modelli continentali", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1986, pág. 433; Walter, Gerhard, "La responsabilità del giudice nel diritto tedesco", *Quadrimestre*, nro. 3, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 441; Giuliani, Alessandro y Picardi, Nicola, *La Responsabilità del Giudice*, Giuffrè, Milano, 1987. Para la doctrina posterior a la ley 117 del 13-IV-1988, fundamentalmente, obra colectiva dirigida por Nicola Picardi y Ramona Vaccarella, *La Responsabilità Civile dello Stato Giudice. Commentario alla Legge 13-IV-1988*, nro. 117, Cedam, Padova, 1990; Amato, Cristina, "Osservazioni sulla responsabilità civile del pubblico ministero", *Responsabilità Civile e Procedimenti*, vol. LVII, nro. 6, 1992, pág. 743 (la autora comenta un fallo de la Cassación Italiana del 8-V-1992 que, sin embargo, no aplicó la ley de 1988 pues los hechos juzgados —suaviter trabada a pedido del Ministerio Público en un juicio penal contra Carlo Forti sobre inmatricias de una sociedad que tenía una personalidad diferente, sin haber corrido "el velo de la personalidad"—, habían sucedido en 1981). Cfr. también: Vidoni, Giovanna, "La responsabilità civile dei magistrati", *Contratto e Impresa*, nro. 2, Cedam, Padova, 1990, pág. 421; Pellegrino, Giuseppe, "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", *Il Diritto Fallimentare*, annoa LXII, nro. 3/3, Cedam, Padova, 1987, pág. 342; Senni, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988.

¹⁶⁶ Agostino, Viviato, "La responsabilità del giudice. Le ragioni di una battaglia", en *Giornale Processuale o Responsabilità del Giudice*, a Cura di V. Ferraro, Franco Angeli, Milano, 1981.

¹⁶⁷ En EE.UU. hay tendencia a aplicar la tesis de la inamidad judicial a los árbitros (cfr. Mostler, Andrea, "Inamidad versus responsabilidad en el proceso arbitral", *RDCO*, año 25, 1992, pág. 356). En Inglaterra, la regla de la inamidad se ha extendido,

El caso más paradigmático de este siglo es, quizás, "Stamp o/Sparkman", de 1978, que rechazó la demanda deducida contra un juez que había ordenado la esterilización de una menor de 15 años, con problemas mentales, omitiendo las más elementales garantías procesales (designación de un curador, audiencia de la parte, etc.)¹⁶⁸.

Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

- La inmunidad favorece la independencia del juez, quien de este modo puede actuar libre del temor a equivocarse.

- Normalmente, faltará la antijuridicidad, primer presupuesto de la responsabilidad; en efecto, "el derecho es lo que los jueces dicen que es", por lo que el juez siempre actuará conforme a derecho.

- El error judicial es inevitable. De no ser los magistrados imunes a sus errores, sólo siendo mendigo o tonto, se aceptaría ser juez¹⁶⁹.

- Los que acuden a la Justicia asumen el riesgo del posible error, desde que los jueces son hombres y, consecuentemente, la Justicia es falible.

- Normalmente será extremadamente difícil atribuir eficacia causal a la conducta del juez, porque los pleitos se ganan o se pierden, fundamentalmente, por el modo como las partes han planteado las cuestiones.

- Lo justo es que responda quien organizó el servicio, es decir, el Estado.

- La acción enfrenta un valladar insuperable: la cosa juzgada. Decir que el juez se equivocó implica destruir toda posibilidad de seguridad jurídica; el juicio contra el juez se convierte en una instancia no prevista

como he explicado, a los barristers. Uno de los casos reiteradamente citados por la doctrina es el del 20-X-1866, en que un tribunal de apelaciones de Inglaterra rechazó la demanda interpuesta por una persona contra su abogado, a quien acusaba de que, por haberlo defendido mal (no interrogó a los testigos de debida forma) no pudo probar que había actuado en defensa propia cuando en realidad así había sido y fue condenado a pena de prisión. El tribunal sostuvo la tesis de la inmunidad fundada en que: a) sólo con esta teoría el abogado puede cumplir su misión sin temor y con independencia, impidiendo que sus actos sean perturbados por acciones vejatorias. b) El abogado es un elemento de la administración de justicia, al igual que el juez: el hacer lugar a la demanda implicaría un nuevo juicio del asunto planteado inicialmente; no hay que autorizar el espectáculo montado por algunos declarados culpables, que pretenda ser resarcido de un daño, con la afirmación de ser inocente (caso citado por Rodríguez Aguilera, *Costares, La Realidad y el Derecho*, Bosch, Barcelona, 1974, pág. 161, nro. 29). Cfr. igualmente, Jackson & Powell, *Professional Negligence*, Sweet & Maxwell, London, 1992, pág. 431, nros. 507 y sig.; Weir, Tony, *A Campbell on Tort*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1996, pág. 15; Markesinis & Deakin, *Tort Law*, 3ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1985, pág. 132.

¹⁶⁸ Cfr. por Tawil, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 179, nota 585.

¹⁶⁹ "Miller o/Slepe", citado por Tawil, Guido S., *op. cit.*, pág. 176.

por los ordenamientos procesales para dejar sin efecto un pronunciamiento que ha devenido firme.

b) Réplica a la tesis de la inmunidad

- El argumento de la independencia prueba demasiado, pues lleva de la mano a sostener la irresponsabilidad de todos los profesionales que afrontan cuestiones técnicas de especial dificultad; un médico, por ejemplo, puede afirmar que el temor a la responsabilidad lo presiona de modo similar a una espada de Damocles que le impide ejercer libremente su profesión. Como bien ha dicho el Tribunal Supremo de España, "la situación de los jueces no tiene por qué merecer una sola perspectiva o un solo punto de vista. Los jueces se encuentran arropados jurisdiccionalmente por el manto de la independencia que nada tiene que ver con la dependencia que a los mismos atañe como consecuencia de su carácter de funcionarios"¹¹⁰.

- Aunque se acepte el principio según el cual "el derecho es lo que los jueces dicen que es", la juridicidad de la conducta del juez desaparecería cuando su decisión es revocada.

- La afirmación de la inevitabilidad del error lleva a asimilarlo a un verdadero caso fortuito, conclusión que la lógica rechaza.

- Sostener que los litigantes han asumido el riesgo implica tener un concepto desdeñable de la Justicia, reducida a un mero servicio, sin justificación ética frente a la sociedad.

- Es verdad que los daños causados pueden obedecer a diferentes causas, pero es función del jurista desentrañar las diferentes co-causas y establecer su incidencia en el resultado final¹¹¹.

- La responsabilidad del Estado no debe excluir la del juez si se han detectado conductas individuales que, de acuerdo a las circunstancias del caso, merecen ser reparadas por quien las ha causado. Si la víctima debe tener frente a sí a dos responsables, o si sólo responde el Estado sin perjuicio de la acción recursoria, es un problema de estricta política legisla-

¹¹⁰ Tribunal Supremo de España, 11-III-1996, *Revista General de Derecho*, año LII, no. 694, septiembre 1996, Valencia, pág. 10-812. En Argentina, el carácter de funcionario público del juez está expresamente reconocido en la nota al art. 1112 del Cód. Civ.

¹¹¹ Por eso, en materia de responsabilidad del Estado, hay coincidencia en que debe distinguirse según los actos judiciales defectuosos se hayan producido en un proceso predominantemente inquisitivo o predominantemente dispositivo. En este último, la responsabilidad del Estado (y a fortiori la del juez) está muy atenuada, pues el Estado actúa como tercero que dirime una contienda patrimonial entre partes, siendo estas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones, en tanto que en el primero, el control está a cargo del Estado y no del imputado (verf. Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 12-XI-1976, "Causa n.º 6/76 Gobierno Nacional", E.D., 71-328).

tiva. En muchos supuestos, la acción requiere la eliminación de la cosa juzgada; pero a este efecto se llega a través de los medios procesales creados para ello (recurso de revisión; acción para atacar la cosa juzgada fraudulenta, etc.).

3. Breves datos históricos de los sistemas reseñados y grandes líneas en el derecho comparado

a) El tema en discusión, sistemáticamente expuesto, se remonta al Código Procesal Civil francés de 1806; los artículos 515 y 516 regulaban la llamada *prise à partie*; conforme a esta figura, el juez respondía sólo en casos de dolo; se excluía cualquier responsabilidad culposa del juez, por grave y grossera que fuese la negligencia¹¹².

b) La solución fue seguida, casi al pie de la letra por el Código Procesal Civil italiano de 1865, según el cual el magistrado respondía en casos de:

- dolo, fraude o concusión.
- denegación de justicia, entendiéndose que ésta existía si transcurrían dos meses sin que el juez proveyera algún asunto del proceso, después de haberle instado dos veces a hacerlo¹¹³.

Otras limitaciones a la demanda eran:

- La competencia por razón de la materia pertenecía al juez inmediato superior al juez demandado;
- Se exigía una autorización para proceder, un filtro preventivo consistente en que el mismo tribunal competente debía autorizar o rechazar la demanda, tras una deliberación secreta y sin oír a las partes.

El sistema nunca tuvo aplicación práctica; Mortara decía: "es necesario rendir tributo a la verdad y admitir que esta institución es la más inútil e ilusoria de las contenidas en el Código".

Posteriormente, el llamado "Código Rocco" (1930) autorizó una indemnización a cargo del Estado, de carácter asistencial y no reparatorio, si se cumplían estos recaudos:

1) un error judicial nacido de una sentencia condenatoria firme, que había sido dejada sin efecto en virtud de un juicio de revisión;

¹¹² Cfr. Díez-Picazo, Ignacio, *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, págs. 185 y sigs.

¹¹³ El problema de la lentitud de la Justicia es un mal que ataca todos los sistemas en todas las épocas; basta recordar el famoso monólogo de Hamlet. Los jueces deberíamos tener presente en todo momento el apremio carcelinario: "Stagla, ma ducidi" (citado por Fernández Estivalgo, Jesús, "Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias", en II Jornadas de Derecho Judicial, Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los tribunales de Justicia, 1985, pág. 308).

2) privación de libertad de, al menos, tres meses.

El damnificado no tenía un verdadero derecho subjetivo a la reparación; simplemente, el Estado se autoimpone el deber de socorrer a aquellas personas (y sus familias) que hubiesen quedado en un especial estado de pobreza, como consecuencia de una condena más tarde revisada¹¹⁴.

Esta solución parcial debió cambiar con la sanción de la nueva Constitución italiana, cuyo artículo 24, última frase dispone: "La ley determina las condiciones y modos para la reparación de los errores judiciales". Por su parte, el artículo 28 del mismo cuerpo legal dice: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables según la ley penal, civil y administrativa, de los actos realizados en violación del Derecho. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicas".

En cumplimiento de estas disposiciones, se modificaron los códigos de procedimientos (penal y civil) que establecieron un verdadero derecho a ser indemnizado, aunque con importantes restricciones.

En cuanto al ordenamiento procesal civil, el artículo 55 decía: "El juez es civilmente responsable sólo: 1) Cuando en el ejercicio de sus funciones se le imputa dolo, fraude o concusión; 2) Cuando sin justo motivo rebusa, omite o retrasa proveer sobre demandas o peticiones de las partes, o, en general, de realizar un acto de su ministerio". El artículo 56 establecía un sistema de autorización previa del Ministerio de Justicia y luego la designación del juez competente por la Corte de Casación. En función de todos estos requisitos, Capalètti decía que para demandar al juez (y también al Ministerio Público) este Código exigía "ir dos veces a Roma" (para que el ministro diera la autorización y luego para que la Casación designara el juez); estas normas resultaban de dudosa constitucionalidad frente al artículo 28 ya transcrito¹¹⁵.

Por eso, tres disposiciones del Código de Procedimientos (los arts. 55, 56 y 74) fueron sometidas a un *referendum abrogatorio*; la intención era que la responsabilidad de los jueces se rigiera por la de los funcionarios públicos en general. La Corte Constitucional declaró constitucional la convocatoria al referéndum¹¹⁶. La pregunta era: ¿Quiere la abrogación

¹¹⁴ Para la evolución del tema en el derecho italiano, Vanni, Roberto, *Nuovi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Cedam, Padova, 1993, págs. 1 y sigs; Cirillo, Giuseppe Paolo - Sorrentino, Federico, *La Responsabilità del Giudice*, Jovene, Napoli, 1988, págs. 5 y sigs.

¹¹⁵ Citado por Dico-Picano, Ignazio, op. cit., pág. 204.

¹¹⁶ Sentencia nro. 36 del 16-1-1987; el tribunal fue presidido por Antonio La Pergola. Transcrito en "Il referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato", *Annali del Consiglio Nazionale Promosso dall'Associazione Magistrato Maggiorani*, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia, 6-VI-1986, bajo la dirección de Enrico Ferrara y Antonio Padavan, Cedam, Padova, 1987, pág. 227f.

de los arts. 55, 56 y 74 del Código de Procedimiento Civil aprobado por decreto del 28 de octubre 1940, 1443? La respuesta fue "sí".

El referéndum generó una polémica altamente politizada desde que, lo que realmente se ventilaba, era el papel de la magistratura italiana; ciertos grupos políticos tenían — y tienen — desconfianza en una magistratura que devino "demasiado independiente"¹¹⁷.

Como resultado de ese referéndum, el 13 de abril de 1988 se sancionó la ley 117 referida al "resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de la función judicial y a la responsabilidad civil del magistrado", considerada reglamentaria del artículo 24 de la Constitución¹¹⁸. La ley "nació de una profunda tensión y de un sufrido camino parlamentario"¹¹⁹.

Según el nuevo ordenamiento "quien ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, un acto o un proceso judicial, desarrollado por el magistrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia puede demandar al Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales y también de los no patrimoniales que deriven de la privación de la libertad personal" (art. 2°).

Para algunos, la ley violó la voluntad popular porque:

- impide al particular interponer demanda contra los jueces, salvo el caso del delito criminal¹²⁰; en efecto, la víctima tiene acción contra el Estado, no hay acción directa contra el juez, quien sólo puede ser demandado por el Estado mediante una acción recursoria (*azione di rinvio*), salvo que haya cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso, la víctima tiene acción contra el Estado y el magistrado (art. 13); aún más, según el criterio de la Corte de Casación la acción directa contra el juez requiere que el delito penal haya sido previamente declarado¹²¹.

¹¹⁷ Diaz-Ruano, L., *op. cit.*, 1990, pág. 183, nota 4.

¹¹⁸ Antes de la sanción de la ley, la Corte Constitucional había resuelto, el 14-III-1988, *in re* "Fania c/Ma. di Grazia e Giusticia", que los artículos 55 y 74 del Código de Procedimiento Civil que limitaban la responsabilidad del juez y del Ministerio Público sólo a los casos de dolo, fraude y concusión e injustificada omisión o retardo, no excluían la extensión de la responsabilidad civil al Estado en los mismos casos (*Offesione di Diritto Processuale*, vol. XXIV, año 1989, Cedam, Padova, pág. 123, con nota de Segré, Tullio, "Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale"). O sea, la Corte dijo que el art. 28 de la Constitución italiana también se aplica cuando el funcionario público es un magistrado.

¹¹⁹ Scotti, Luigi, *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 3.

¹²⁰ Nacci, Paolo Giacchi, *La Responsabilità Ricorsoria del Magistrato Prima e Dopo la Riforma: Problemi di Costituzione*, Studi in Onore di Vittorio Ottaviano, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, pág. 1378.

¹²¹ Cassan, Civile, Sez. I, 19-VIII-1995, *Danno e Responsabilità*, nro. 3, 1996, pág. 257. El tribunal declara válida esta filia, como lo hizo antes la Corte Constitucional al declarar la validez de los antiguos filias.

Aclaro que el magistrado cuyo comportamiento, acto o resolución causa el juicio, aunque no puede ser llamado a la causa, puede intervenir, a su propia iniciativa, en cualquier fase o grado. El articulado también dispone que la decisión pronunciada en el juicio promovido contra el Estado no hace cosa juzgada en el de repetición si el magistrado no intervino voluntariamente en el juicio.

- no extendió verdaderamente la responsabilidad, permaneciendo "arrinconados" los escasos supuestos en que procede.

- consagró, de modo demasiado absoluto, la llamada "fórmula de salvaguardia" (art. 2.2) según la cual "no puede dar lugar a responsabilidad, la actividad de interpretación de las normas de derecho ni la actividad de evaluación de los hechos y de la prueba". Se advierte, sin embargo, que en el curso del debate parlamentario se registró acuerdo prácticamente unánime sobre esta cláusula¹²².

- impuso nuevas barreras a la responsabilidad. Así por ejemplo, prevé un proceso de procedibilidad aún para la acción contra el Estado: el tribunal, escuchadas las partes, delibera en la Cámara del Consejo sobre la admisibilidad de la demanda... Si la declara admisible, dispone la prosecución del proceso ante la Corte de Apelación o la Corte de Casación (art. 5); además, la demanda debe ser interpuesta, bajo sanción de caducidad, dentro de los dos años desde el momento en que la acción era ejercible (art. 4.2).

Cualquiera sean las críticas, lo cierto es que la Corte Constitucional de Italia resolvió, mediante sentencia del 19 de enero 1989 que el artículo 2.1. de la ley 117, en cuanto exige dolo o culpa grave, no viola el artículo 28 de la Constitución; los límites se fundan en la tutela a la independencia y a la imparcialidad del juez, y "la irresponsabilidad no se traduce en la deformación de los deberes fundamentales ni en la violación inexcusable de la ley o la ignorancia inexcusable de los hechos de la causa"¹²³. En cambio, el prestigioso tribunal declaró inconstitucional cierta parte del procedimiento establecido por la ley¹²⁴.

c) La ley orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España establece que los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa; están legitimados para demandar los perjudicados o sus causahabientes¹²⁵.

¹²² Scotti, Luigi, *op. cit.*, 1988, pág. 103.

¹²³ Citado y transcrito por Vantini, Giovanni, "La responsabilità civile dei magistrati", *Contratti e Impresa*, nro. 2, 1990, Cedam, Padova, pág. 441.

¹²⁴ Cirillo, G. P. - Sorrentino, F., *op. cit.* (appendice di aggiornamenti), pág. 5.

¹²⁵ Barroso Serra, Eladio, *Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial, La Responsabilidad en la Función Judicial: Jueces, Tribunales y Estado. Posición del Ministerio Fiscal*, Colex, Madrid, 1989, pág. 303.

La doctrina discute si está o no vigente la Ley de Enjuiciamiento española, cuyo artículo 903 exige para la procedencia de la acción, negligencia o ignorancia inexcusable; para algunos, la respuesta es negativa; consecuentemente, no se requiere que la culpa sea inexcusable; el Supremo Tribunal, en cambio, combina ambas normas y exige "dolo o negligencia o ignorancia inexcusables"¹²⁶. La acción debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a que la sentencia se encuentre firme (art. 905, LEC). Estos inconvenientes interpretativos y otros¹²⁷ hacen que en los hechos, la acción personal contra el magistrado sea difícil y los dañados sólo demanden al Estado.

d) En Alemania, el artículo 34 de la Ley Fundamental (G.G.) dice: "Si alguno, en el ejercicio de una función pública a él confiada, comete una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, es responsable primariamente el Estado o el ente público a cuyo servicio se encuentra. En el caso de dolo o culpa grave, es procedente el regreso. Para el resarcimiento del daño y para la acción de regreso no puede ser excluida la competencia del juez ordinario.

Por su parte, el artículo 839 del BGB dispone:

"1) Si un funcionario público comete, con dolo o con culpa, una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, debe resarcir el daño así causado. Si el funcionario público ha actuado sólo con culpa, es responsable sólo si el damnificado no puede obtener el resarcimiento de otro modo.

"2) Si el funcionario público viola su deber al pronunciar una sentencia, responde del daño sólo si configura un delito. Esta disposición no se aplica a la omisión o al retardo en el cumplimiento de los deberes de su oficio.

"3) El resarcimiento no se debe si el damnificado ha omitido, con dolo o con culpa, evitar el daño mediante una vía de impugnación".

Además de estas disposiciones, una ley del 8 de marzo de 1971 sobre indemnización por medidas de persecución penal (StrEG), modificada por leyes del 2 de marzo de 1974, 9 de diciembre de 1974 y 27 de enero de 1987, prevé, entre otras indemnizaciones, la que repara el haber estado en prisión provisional, si luego se decretó la absolución, el sobreseimiento o la denegación de la apertura del juicio oral¹²⁸.

¹²⁶ Hernández Martín, Valeriano, *El Error Judicial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

¹²⁷ Martín Gascón Fernández, Mariano, "Reflexiones sobre la responsabilidad de jueces y magistrados", en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, págs. 1167 y sigs.

¹²⁸ Ver estos datos en Montero Aroca, Juan, *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 88.

4. Naturaleza de la responsabilidad

La responsabilidad del magistrado es siempre extracontractual desde que no existen vínculos contractuales entre el magistrado y los litigantes y mucho menos con los terceros¹²⁹.

5. Presupuestos de la responsabilidad

a) La gran barrera: la cosa juzgada; comienzo del cómputo de la prescripción

La responsabilidad en cuestión sólo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar, en tanto se mantenga, que hay error¹³⁰. En suma, no es posible calificar como ilegítimo en un juicio civil por responsabilidad contra el juez lo que se ha tenido por válido y legal en otro juicio¹³¹. Por eso, en tanto se mantenga la inmutabilidad de la cosa juzgada, no es posible admitir la acción indemnizatoria, la cual sólo será viable implantándose el procedimiento previo de la revisión de la sentencia para comprobar su error manifiesto¹³². Bien se ha expresado: "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme —por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión— pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error. Como bien ha dicho esta Corte en recordado fallo, si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que padiera revocar las decisiones de la Corte

¹²⁹ Tawil, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 186.

¹³⁰ CSJN, 14-VI-1988, "Vignone c/Estado Nacional", Fallos, 311:1608, L.L. 1098-E-325, E.D. 129-321; conf. CSJN, 19-X-1985, "Balda, H. c/Provincia de Bs. As.", *Rev. Jud.*, 1986-I-233, J.A., 1986-III-152 y L.L. 1986-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado por error judicial": voto mayoritario de la Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín, 12-VIII-1993, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, no. 1, febrero 1994, pág. 26, E.D. 154-543 y J.A., 1994-I-327.

¹³¹ Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, Sala 1ª, 21-X-1993, "Valgato, José y otros c/Ministerio del Interior", J.A., 1994-III-109, L.L., 1994-C-523 y E.D. 137-523, con nota laudatoria de Eldart Campos, Germán, "¿Error judicial indemnizable, o qué?".

¹³² Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 12-XI-1976, "Casarova c/Gobierno Nacional", E.D. 71-329.

y, de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía (Fañón, 12:134)¹²⁰.

Es también el criterio del Supremo Tribunal de España que resuelve: "en las demandas de declaración de error judicial no puede desconocerse la santidad de la cosa juzgada, intentando reproducir las cuestiones ya debatidas y resueltas"¹²¹.

Esta posición tiene importantes consecuencias en materia de prescripción. En efecto, si la acción no nace mientras no haya caído la decisión errónea, si se trata de daños y perjuicios reclamados por la prisión preventiva, el plazo no comienza a correr sino a partir del dictado de la absolución¹²²; por la misma razón es también acertada la decisión que resuelve que: "corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción de prescripción si la remisión que efectúa a la naturaleza declarativa de la resolución recaída en un *habeas corpus* constituye una afirmación dogmática, pues lo cierto es que la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados de la detención no pudo comenzar a correr mientras no se hizo lugar al *habeas corpus* que declaró la ilegitimidad de la detención"¹²³.

El Código Procesal Civil del Perú, en cambio, parece no exigir este presupuesto. En efecto, el artículo 517 dispone: "La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio". Insisto en que esta solución genera problemas insuperables, desde que es ilógico afirmar que un juez ha actuado con dolo, culpa inexcusable (incluso presumida por la ley) y, al mismo tiempo, mantener vigente una decisión que el ordenamiento consagra como lo justo para el caso concreto. La ley ha sembrado inseguridad jurídica y la acción de responsabilidad civil contra el juez se ha convertido en un recurso contra una decisión firme.

¹²⁰ CSJN, 19-X-1993, "Balda, M. c/Provincia de Bs. As.", *Doc. Jud.*, 1996-I-993, J.A., 1996-III-155 y L.L., 1996-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alaña, "Responsabilidad del Estado por error judicial".

¹²¹ Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 1ª III-1996, *Revista General de Derecho*, año LIII, nro. 628/629, Valencia, enero-febrero 1997, pág. 342, con nota de María Luisa Alcázar Navarro.

¹²² CSJN, 19-X-1993, "Balda, M. c/Provincia de Bs. As.", *Doc. Jud.*, 1996-I-993, J.A., 1996-III-155 y L.L., 1996-B-311, con nota aprobatoria de Bustamante Alaña, "Responsabilidad del Estado por error judicial".

¹²³ CSJN, 14-VI-1988, "Vignone c/Estado Nacional", *Fañón*, 311:3008, L.L., 1988-E-225, R.D. 129-331.

b) La existencia de recursos

El remedio legal inmediato para el perjuicio que un juez causa con sus resoluciones está en los recursos procesales que la parte agraviada puede deducir en contra de ellas. De allí que como principio, para que quede expedita la acción, es necesario que el damnificado haya hecho uso de los recursos legales¹³⁷; esta es la jurisprudencia del Supremo Tribunal de España¹³⁸ que, en mi opinión, en algunos casos ha llevado demasiado lejos la exigencia al entender que dentro de los recursos previstos en el ordenamiento se encuentra el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, obligando al perjudicado a agotar también esta vía absolutamente extraordinaria¹³⁹.

La solución española se funda en el artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento que dice: "No podrá entablar el juicio de responsabilidad civil el que no haya utilizado a su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio, o no hubiere reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo".

La finalidad del requisito es evidente: "Dado que el ordenamiento establece un sistema de impugnaciones de las resoluciones judiciales, es lógico que se imponga a quien se considere perjudicado, la obligación de intentar que se evite el daño mediante los procedimientos normales previstos al efecto. La falibilidad es inherente a toda empresa humana y, con mayor motivo, a algo tan complejo como administrar justicia"¹⁴⁰.

Por eso, no cabe una interpretación rigurosa del artículo; lo que se requiere es la diligencia procesal, en el sentido de haber intentado evitar el daño durante el proceso; consecuentemente, no se exige interponer recursos que se sabe no serán procedentes o que dilatarán aún más el proceso¹⁴¹.

¹³⁷ Cám. Nac. Fed., Sala I, Civ. y Com., 13-XI-1976, "Cazaova o Gobierno Nacional", E.D., 71-329; conf. voto mayoritario Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín, 12-VIII-1983, *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, n.º 1, febrero 1984, pág. 29, J.A., 1994-1-297 y E.D., 184-843, con nota de Bidart Campos, Gernón, "Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales terror judicial y privación de libertad".

¹³⁸ Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 1-III-1986, *Revista General de Derecho*, año LIII, n.º 628-629, Valencia, enero-febrero 1987, pág. 242, con nota de María Luisa Aizcoa Navarro.

¹³⁹ 826 Sales, José, "Responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia y por error judicial", *Revista General de Derecho*, año LII, n.º 613-614, Valencia, noviembre 1985, pág. 11.239.

¹⁴⁰ Díez-Picazo, I., *op. cit.*, pág. 70. El requisito ha sido exigido en la jurisprudencia nacional para otros supuestos de responsabilidad estatal por actos judiciales (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 1ª, 3-III-1992, "Pizzolato, Juan o Gobierno Nacional", J.A., 1992-III-297. Se reclamaban daños y perjuicios provenientes de una declaración de quiebra fraudulenta); también para la responsabilidad por prisión preventiva y absolución ulterior (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala III, 11-VIII-1992, "Ferrari, Alfredo y otros o Estado Nacional", L.E., 1993-A-484).

¹⁴¹ Conf. Díez-Picazo, I., *op. cit.*, pág. 71.

Aún más, a veces, las continuas peticiones de libertad provisional, unidas a otras (recausación de jueces, traslado de actuaciones, etc.) son las que provocan las dilaciones indebidas del proceso, configurando, ellas mismas, una eximente de la responsabilidad estatal. Es lo que resolvió el T.E.D.H. en el caso "Ringeisen"¹⁴².

En Argentina, también hay cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en el sentido que, como regla, la acción es improcedente, si no se han agotado los recursos contra la decisión errónea¹⁴³. En estos casos, la causa adecuada del daño se encuentra en la culpa de la víctima.

En igual sentido, el artículo 513 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 dispone: "La demanda sólo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño".

c) Revocación de la decisión errónea. Presupuesto necesario pero no exclusivo. Factor subjetivo de atribución

La Corte Federal argentina ha resuelto que "la mera revocación o anulación de la resolución judicial no otorga derecho a la indemnización; es menester acreditar cuál es la falta de servicio imputado a los órganos estatales, individualizando las circunstancias del caso que indican que el ejercicio ha sido irregular". Con este argumento rechazó la demanda interpuesta por una persona que, en razón de la orden judicial dictada a petición de la Aduana en un proceso de contrabando, no había podido usar la maquinaria objeto de la cautela¹⁴⁴.

Hay casos de responsabilidad del Estado que dejarán inmune al magistrado: por ejemplo, el retraso injustificado en la resolución de los expedientes debido a la falta de medios físicos o materiales, podrá ser imputado al Estado, pero no al magistrado competente para resolver la controversia, en tanto éste haya hecho conocer la imposibilidad o dificultad a las autoridades competentes para solucionar en debida forma el impedimento¹⁴⁵.

La responsabilidad del juez, como se ha visto para el derecho italiano y español, exige culpa y ésta, como reiteradamente he dicho, debe ser

¹⁴² Citado por Díez-Picazo, L., *op. cit.*, pág. 109.

¹⁴³ TSJ Córdoba, "Rarnaciotti c/R. V. de M.", resumen en *Foro de Córdoba*, año III, nro. 13, 1992, pág. 127.

¹⁴⁴ CSJN, 12-X-1994, "Raman c/Estado Nacional", J.A. 1995-I-303 y L.L. 1995-B-437, con nota apertorista de Bustamante Abana, Jorge, "La responsabilidad del Estado en el ámbito de su actividad jurisdiccional".

¹⁴⁵ Tassi, Guido S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, *cit.*, 1993, pág. 139.

valuada conforme a las circunstancias, entre las cuales debe necesariamente computarse, entre otras razones, que la ley ofrece un marco de posibilidades interpretativas, que la prueba de los hechos no siempre presenta la claridad deseable y que las facultades legalmente otorgadas a los jueces no siempre son suficientes para evitar errores de todo tipo¹⁴⁶.

El artículo 509 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 dispone que el juez responde cuando causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el juez "incurre en falsedad o fraude o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia". El juez incurre en culpa inexcusable cuando "comete un grave error de derecho, hace interpretación insostenible de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado".

La ley peruana no se detiene en estos conceptos de gran latitud; el artículo siguiente da varios pasos adelante sobre la legislación comparada y —llamativamente— establece presunciones de dolo o culpa inexcusable cuando: "1. La resolución contraria su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio. 2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme o en base a fundamentos insostenibles". No deja de sorprender que el juez esté obligado a seguir la opinión del Ministerio Público si no quiere correr el riesgo de que se afirme que sus fundamentos para apartarse del dictamen son insostenibles. Desconozco qué experiencias judiciales vividas en el pasado pueden dar base a esta solución; lo único cierto es su gran originalidad, que como es sabido, en materia legislativa no siempre es de signo positivo.

Las demandas contra los jueces han sido, hasta ahora, muy escasas en Argentina. Incluso, en los juicios por responsabilidad del Estado por los errores judiciales, una importante tendencia jurisprudencial afirma que no corresponde citar al juez interviniente, sin perjuicio de las acciones recursorias que el Estado pueda iniciar ulteriormente¹⁴⁷.

Cabe mencionar, como *corra avis*, una demanda iniciada contra la jueza titular del juzgado, que luego se amplió contra el Estado Nacional; en la sentencia no está claro por qué la parte dispositiva condena sólo al

¹⁴⁶ El art. 2° del Código Procesal Civil de Mendoza parece exigir un plus sobre la culpa, pues prevé la responsabilidad del juez por los daños que causare por mal desempeño de sus funciones cuando se demuestre falta de prohibido en el uso de sus facultades, expresión que "se acerca" a la mala fe y, por ende, al dolo.

¹⁴⁷ Cám. Nac. Fed. Cont-Adm., Sala III, 12-IV-1983, "Tribunale Luis «Gobierno Nacional», J.L.E. 1983 C-497.

Estado, pues todos los razonamientos de los considerandos hacen mención a la actuación arbitraria de la jueza. En el caso, la procedencia de la demanda se funda en que la magistrada actuó caprichosa y arbitrariamente. En efecto, la condenada en costas había depositado los honorarios regulados al perito. Cuando éste solicitó se librara cheque a su orden, la magistrada denegó varias veces su petición, sin fundamentación; en determinado momento, el perito reiteró el pedido de cheque y pidió expresamente que la decisión denegatoria se motivara; al mismo tiempo, planteó revocatoria y apelación en subsidio. En esa etapa, el tribunal, sin decir por qué, cambió de opinión y ordenó librar el cheque. Durante todo el tiempo en que, pese a los reiterados pedidos, se negó a librar los fondos, la moneda depositada se depreció y el tribunal negó derecho a reajuste en contra de los condenados en costas pues-ellos habían depositado en término. El perito inició entonces una acción para ser resarcido de los perjuicios producidos por la actuación arbitraria del tribunal. La demanda fue acogida: "cuando sin causa alguna, ni de hecho ni de derecho, se niega la entrega de un cheque a pesar de que el deudor ha depositado el dinero, y también sin dar explicación se modifica el criterio, y la demora ha producido un daño cierto, debe indemnizárselo"¹⁴⁸.

d) Otros requisitos: remoción del juez de sus funciones; juicios previos de admisibilidad

Algunos autores exigen que previamente se remueva al juez. No comparto esta posición; hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción¹⁴⁹.

La ley peruana (art. 512 del Cód. Proc. Civil), dispone que "Antes de proveerse la demanda el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedibilidad de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad".

e) Plazo para interponer la demanda

Como se ha visto, algunas leyes que regulan la responsabilidad del juez fijan plazos para promover la acción generalmente más breve que los que rigen para otras acciones de responsabilidad civil. En la misma línea que el derecho italiano y el español, el artículo 514 del Código Pro-

¹⁴⁸ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo Federal Nro. 4, 12-VIII-1993, "Spagnoletti s/Estado Nacional", E.D., 187-565.

¹⁴⁹ Conf. Arce, Roland, "Responsabilidad de los jueces, del Estado y de los abogados", E.D., 360-744. El llamado "antjuicio" ha dado lugar a críticas, algunas exageradas (véase Claretta Alverdi, Juan Manuel, *Antjuicio e Imponidad Judicial: El Caso de los Sentencias Basculantes*, Fuenlabrada, Madrid, 1991). El art. 3º del Código Procesal Civil de Mendoza, Argentina, dispone expresamente que "los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpaado".

cesal Civil de Perú de 1993 dispone que "la demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó el daño". El momento inicial guarda coherencia con el sistema general de la ley, que parece no exigir la caída de la cosa juzgada. Sin embargo, como he explicado, este modo de regular genera inconvenientes casi insuperables.

6. Un supuesto particular. Las decisiones de los tribunales colegiados

Si la resolución dictada por culpa, dolo o error inexcusable emana de un tribunal colegiado, no responde el que votó en disidencia, desde que él no causó el daño, no fue autor del acto lesivo.

En el sistema argentino no hay problemas porque la sentencia deja constancia de los votos en disidencia. En Italia, país donde la decisión minoritaria no figura en la sentencia, la disyuntiva era: o se los hacía responsables a todos o a ninguno. La solución fue permitir que se guarde, bajo secreto, el resultado de la votación y se la haga saber cuando se presentan problemas de este tipo. De este modo, la sentencia deja constancia si ha sido dictada por unanimidad o simplemente mayoría y los nombres de los disidentes se guarda bajo reserva.

El artículo 316 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 parece no distinguir; dice simplemente que "la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expedieron las resoluciones causantes del agravio". Sin embargo, son aplicables las razones antes expuestas: el juez que vota en disidencia no ha causado el daño; consecuentemente, no debe responder.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

I. ENCUADRAMIENTO Y CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Esta responsabilidad, que forma parte de la de los profesionales *latu sensu*, no constituye más que un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general; es decir el deber de resarcir los daños ocasionados a otros, por una conducta lesiva antijurídica o contraria a Derecho.

Se trata de la responsabilidad en la que pueden incurrir quienes ejercen la profesión de "abogado", al faltar a los deberes especiales que ella misma les impone¹, o sea en suma, de una responsabilidad emergente de infracciones típicas a ciertos deberes propios de esa concreta actividad profesional²; ya que es obvio que todo individuo que ejercita

¹ Andorno, Luis O. "La responsabilidad de los abogados", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Manuel Norberto*, La Rocca, Buenos Aires, 1983, pág. 473, nro. y pág. 478, nro. 3; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad Civil del Abogado*, Harmanatubi, Buenos Aires, 1991, pág. 161, § 16. IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1989, Comisión nro. 3, párrafo 3 de *lago lato sensu*, *El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los Últimos 30 Años*, Universidad Nacional Argentina, Buenos Aires, 1991, pág. 92; SCBA, 22-XII-1992, "Neces o Clínica Central", L.L., 1993-C-212 y J.A., 1993-III-111.

² Alterini, Adolfo A. - Ameal, Oscar J. - López Colnago, Roberto M., *Derecho de Obligaciones, Cívicas y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 707, nro. 1843; Nicotaud, Henri y Léon - Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, T. 1, Vol. II, trad. de la 5a. ed. francesa por Luis Alcalá Zamora y Castilla, Ejes, Buenos Aires, 1982, pág. 148, nro. 462 y pág. 163, nro. 507; SCBA, 22-XII-1992, "Neces o Clínica Central", L.L., 1993-C-212 y 22-III-1979, "Becassayag o Carreras", J.A., 1993-III-173.

una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella y obrar, conforme con las reglas y métodos pertinentes, con la necesaria diligencia y previsión³.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

Todavía hoy en día mantiene su interés y trascendencia práctica entre nosotros, el distingo entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en razón de las diferencias de regímenes existentes entre ambas en nuestro derecho positivo. Aunque en rigor sólo serían dos las verdaderas y efectivas diferencias entre esos dos regímenes de responsabilidad civil, la referida a la medida o extensión del resarcimiento y la atinente a la prescribibilidad de las respectivas acciones resarcitorias.

Respecto de lo primero, si se trata de responsabilidad por incumplimiento contractual se puede afirmar en líneas generales que: si el mismo ha sido culposo, el deber de reparar se limita a los daños que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de aquél —art. 420, Cód. Civ.— y que si fue malicioso o doloso dicho deber se agrava y alcanza también a las consecuencias mediatas —art. 521 del mismo Código—. En tanto que cuando la responsabilidad es por hechos ilícitos o extracontractual se responde siempre de las consecuencias inmediatas —art. 903, Cód. Civ.— y de las mediatas previsibles —art. 904, Cód. Civ.—, amén de que en los delitos (hechos ilícitos cometidos con dolo o intención de dañar —art. 1072, Cód. Civ.—) se puede inclusive llegar a responder de consecuencias casuales para la generalidad de los individuos, pero que no lo fueron para el autor del hecho, quien por sus especiales conocimientos las tuvo en sus miras, las previó y las quiso al ejecutarlo —art. 905, Cód. Civ.—, como asimismo por ciertos "casos fortuitos" o consecuencias casuales, que no habrían llegado a producirse de no haber mediado antes la realización del hecho ilícito —supuestos de los arts. 1091, 2435, 2436, etc., Cód. Civ.—.

Y en cuanto a la prescripción, en lo que constituye sin duda la diferencia más trascendente de ambos regímenes: la acción de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual queda regida, salvo casos especiales, por el término decenal ordinario de prescripción del artículo 4023 del Código Civil; en tanto que la de responsabilidad civil extracontractual se prescribe a los dos años, conforme a lo previsto por el artículo 4037 del mismo Código luego de la reforma de la ley 17.711.

³ CNCiv., Sala A, 22-XII-1977, "Malvasi", L.L., 1978-A-585 y E.D., 81-719, coma. 56 y 1061; id. Sala H, 13-III-1986, "Riscote o/C, D.A.", semanario de J.A. nro. 6036, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III-87); id., Trib. Ética Forense, 7-VII-1983, "J. V.A.", L.L., 1984-A-314, J.A., 1884-I-175 y E.D., 102-402; id., 6-V-1982, "D., J.C.", E.D., 102-462.

Por todo ello constituye un primer punto de necesaria elucidación, el de establecer si la responsabilidad civil del abogado es contractual o extracontractual.

Ahora bien, cuando se trata de los daños causados por el abogado a su propio cliente, con el que previamente habrá celebrado, expresa o implícitamente, un contrato de prestación de servicios profesionales, la responsabilidad civil del abogado habrá de ser, lógicamente, "contractual", en razón de resultar la misma precisamente de la inajudicación o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumiera convencionalmente⁴. No obstante pueden darse, asimismo, casos de responsabilidad extracontractual del abogado, como ocurre si no media un contrato previo

⁴ En el derecho nacional: Acuña Arceles, Arturo, "Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción reparatoria", en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, actualizado por Augusto M. Marella, Platense, La Plata, 1963, págs. 205 y sigs., nro. 8; Anderson, "La responsabilidad...", cit. en *Derecho de Daños*, cit., pag. 477, nos. 2 y nota 11; Aguiar, Hirsch B., *Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley*, T. II, Tea, Buenos Aires, 1950, págs. 396 y sigs., nro. 60, y págs. 404 y sigs., nro. 62 y sigs.; Alberini, A. A. - Armas, O. J. - López Cabrera, H. M., op. cit., pag. 788, nro. 1847; Alonsa Atienza, Dalmiro A., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de media y obligaciones de resultado", J.A., 1958-III, págs. 567 y sigs.; Bustamante Alonsa, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pag. 503, nro. 1332; Calamita, Leonardo A., *Calpa Agraria (Cuasidelictos)*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1947, págs. 264 y sigs., nro. 91; Ghersi, Carlos A., *Responsabilidad de los Abogados y otras Incuriencias Profesionales*, Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1990, pag. 31 y sigs., nro. 1; Gullischniat, Roberto, "Alrededor de la responsabilidad civil del médico", L.L., 69-273, nro. II y pag. 378, nro. IV; Hornelmajer de Curtucci, Aida, "Daños causados por abogados y procuradores", J.A., 1933-III-705, nro. 1.3; Lafaille, Néstor, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1950, pag. 468, nro. 1393; Mezzes Invernizzi, Jorge, *Responsabilidad por Daños*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1971, págs. 396 y sigs., nro. 115-b; Rezzonico, Luis María, *Estado de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*, T. II, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1941, pag. 1514; Salvat, Raymundo M., "Responsabilidad civil de los médicos", L.L., v. 8, sec. doctr., págs. 9 y sigs.; Salvat, Raymundo M. - Acuña Arceles, Arturo, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, T. IV, 2ª ed., Tea, Buenos Aires, 1958, págs. 311 y sigs., nos. 2897 y 2898 y notas 11-a in fine y 11-c; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad...*, cit., págs. 173 y sigs., 1 21; Vázquez Ferrero, Roberto A., "Responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados", J.A., 1969-III, págs. 931-935, nro. VIII; Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, 24-XII-1991, "A. y P. R. s/ A. G.", J.A., 1993-III-118, etc. En el derecho extranjero: De Aguiar Dias, José, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. I, trad. de Juan Aguado o Ignacio Moyano, México - Lima - Buenos Aires, José M. Cajiao (s.), 1957, págs. 311 y sigs., nro. 114, págs. 384 y sigs., nro. 123 y págs. 391 y sigs., nro. 137; Hoc, Théophile, *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, T. VIII, P. Pichon, Paris, 1894/95, págs. 555 y sigs., nro. 419; Manesú-Tusc, André, op. cit., T. I, vol. 1, págs. 205 y sigs., nro. 148; pag. 391, nos. 206-2, y T. 1, vol. II, págs. 164 y sigs., nro. 508; Planiol, Marcel - Ripert, Georges - Esmein, Paul, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, T. VI, trad. Mario Díaz Cruz, Cultural, La Habana, 1948, págs. 487 y sigs., nro. 493; Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, T. II, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, págs. 376 y sigs., nro. 776, etc.

entre profesional y cliente, lo cual acaece por ejemplo en los casos de nombramientos "de oficio" por el juez como tutor o curador especial —art. 397, 471, 475 *in fine*, Cód. Civ.—, o si debe patrocinar o representar a un declarado pobre —art. 6º, inc. b), ley 23.187—, etcétera; y también si el damnificado es un tercero extraño al contrato entre abogado y cliente, aunque el perjuicio provenga de su ejecución, tal como ocurre verbigracia en los supuestos de embargo trabado por error contra un tercero o abusivo contra el propio demandado —art. 268, CPCCN—, o de pedido doloso o con culpa grave de una quiebra luego revocada por improcedente —art. 99, ley 24.522—, etcétera.

III. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO

La tendencia doctrinaria dominante en la materia considera que son sólo cuatro tales elementos: un hecho que infringe un deber jurídico o conducta impuesto por el ordenamiento jurídico —antijuridicidad o ilicitud—, que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño, mencionados supra; y un factor de atribución de la responsabilidad⁵. Y siendo la responsabilidad del abogado un mere apartado o capítulo especial dentro de la temática genérica de la responsabilidad civil, va de supgo que para su configuración se requiere igualmente la concurrencia de esos mismos presupuestos⁶; lo que se pasan a considerar a continuación.

⁵ En la doctrina nacional: Alterini, A. A. - Arnes, O. J. - López Cabeza, R. M., *op. cit.*, pág. 158, nos. 371 y pág. 689, nos. 1681; Bonda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, 8ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 236, nos. 1309; Bustamante Alana, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, *cit.*, pág. 108, nos. 170; Remalajar de Carluzzi, Aida, en *Código Civil y Leyes Complementarias*, Comentada, Anadido y Cascovidado, de Belluscio, Augusto C. - Zanoni, Eduardo A. (coord.), T. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 27 y sigs., art. 1967, § 1; idem, "Doctos...", *cit.*, J.A., 1990-III-707 y sigs., nos. II y sigs., *cit.*; Llanéras, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. III, Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 1242; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad Civil del Abogado*, *cit.*, págs. 51 y sigs., § 10-et; Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Responsabilidad por Daños (Elementos)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 111 y sigs., nos. 9. En el extranjero: Alessandrí Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1934, pág. 129, nos. 80; Arriaga, Juan J., *Culpa Aquiliana. Lecciones del Curso de Derecho Civil*, Montevideo, Escuela Nac. de Artes y Oficios, 1914, pág. 18; Hademann, J. W., *Derecho de las Obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 512, nos. 63; Pezzano Fazio, Jorge, *Responsabilidad Extracontractual*, Tormis, Bagdad, 1979, pág. 213, nos. 126; Santos Briz, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 33 y sigs., nos. I et c.

⁶ CNCiv., Sala II, 13-III-1986, "Rissotto c/C., D.A.", semanario de J.A., nos. 6056 del 24-X-1987 (J.A., 1987-III), pág. 67 y sigs., con nota de Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil del abogado por dejar prescribir una acción", págs. 62 y sigs.

1) Antijuridicidad

La antijuridicidad o ilicitud consiste en un obrar contrario a Derecho: la conducta que contraviene deberes impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando la responsabilidad civil es contractual, la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre el letrado y su cliente, que tiene fuerza de ley para ellos —art. 1197, Cód. Civ.— e integra por lo tanto el ordenamiento jurídico, aunque su obligatoriedad esté circunscripta a sólo las partes contratantes. Tratándose en cambio de responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad se configura por la violación de la ley en sentido material, y en particular de las normas de los artículos 1068 y siguientes, 1074 y siguientes, 1109 y siguientes y concordantes del Código Civil.

Pero sin perjuicio de lo que antecede, la ilicitud puede producirse también por infracción a específicas normas relativas al ejercicio de la profesión de abogado, como ser, entre otras: el patrocinio y defensa del cliente, obrando con lealtad, probidad y buena fe profesional —art. 6°, inc. e), ley 23.187—¹. Tal deber comporta también: el de no abandonar intempestivamente la intervención en el juicio —art. 50, Cód. Proc. Civil Com. de la Nación y de la Pcia. de Bs. As.—, y el de no patrocinar o asesorar simultánea o sucesivamente a ambas litigantes en un mismo pleito o aceptar la defensa de una parte si ya hubiese asesorado a la otra —art. 10, inc. a), ley 23.187 y 61, inc. 2°, ley 5177, pcia. de Buenos Aires—; como asimismo el de no asegurar el éxito en los juicios —Regla 24-a de las Normas de Ética de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y 27 de las Normas de la Provincia de Buenos Aires, que tiene fuerza legal por virtud de lo dispuesto en el art. 25, inc. 8° de la ley 5177—, siendo en su virtud que se sancionó a un abogado que hacía publicidad asegurando el cobro del 100% de capital, intereses y costas². Como también, ya en función de apoderado, a: interponer los recursos pertinentes contra toda sentencia adversa, concurrir al tribunal los días de notificaciones en la Oficina o Secretaría, suscribir y presentar las escrituras necesarias, asistir a las audiencias judiciales, y en general activar el procedimiento —arts. 11, ley 10.996 y 59, inc. 8° y 90, ley 5177, pcia. de Buenos Aires; etc.—.

2) Relación de causalidad

Igualmente constituye un requisito ineludible de la responsabilidad civil, la existencia de una vinculación causal "adecuada" entre el proce-

¹ CNCiv., Sala I, 15-VI-1996, "Carabajal o Fronteras, S.L., 1996-A-15.

² CNFEd. Cont.-Adm., Sala IV, 25-06-1987, S.L., 1987-E-004.

der del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado, de forma tal que el abogado no sería responsable pese a la incuria incurrida, si el perjuicio igualmente se habría producido; tal como sucede por ejemplo si pese a no haberse contestado una demanda, la condenación del cliente era de todas formas inevitable, atento que él mismo era deudor de lo reclamado y ello estaba suficientemente acreditado.

Pero en el caso del abogado el problema resulta mucho más complejo, atento que el *factum* sindicado como dañoso es un hecho científico o técnico, "*cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente... El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta o defiende, conoce las opiniones doctrinales y tendencias jurisprudenciales... El cliente del profesional es —normalmente— un ignorante del campo científico, técnico..., en que se mueve su cocontratante*"⁹.

En general se acepta que la prueba de la existencia de una relación causal adecuada entre la conducta del abogado y el daño, queda a cargo del damnificado¹⁰. Pero ello no es así en los casos de las llamadas "presunciones de causalidad", en los que es en cambio el sindicado como presunto responsable, quien debe demostrar la inexistencia del vínculo causal para poder eludir tal responsabilidad, es decir acreditar que el daño provino de otra causa ajena con relación a él: un caso fortuito, el hecho de un tercero extraño, el comportamiento de la propia víctima; por cuanto entonces no existirá responsabilidad en razón de no mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho en sí y el perjuicio sufrido por el damnificado¹¹. Esto último es lo que sucede en distintos casos de responsabilidad "objetiva" y en las denominadas "obligaciones de resultado", que a veces son asumidas por los abogados, las que encajan sin duda dentro del marco conceptual de aquel tipo de responsabilidad¹².

⁹ Parellada, Carlos A., *Daños en la Actividad Judicial e Informativa desde la Responsabilidad Profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 93, § 27 y nota 57.

¹⁰ En Argentina: Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Citicistas y Esteblecimientos Médicos*, Abaco, Buenos Aires, 1981, pág. 223, ara. 41-3; Bustamante Almona, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., pág. 519, ara. 1290; Goldenberg, Isidoro H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 223 y sigs., § 61; Koenigsmaier de Castorri, A., "Daños...", J.A., 1993-III, pág. 721, ara. IV-1, cit.; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 137, § 24. En el extranjero: Inquierto Tolosa, Mariano, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, Ruz, Madrid, 1969, pág. 333, ara. 99-3.

¹¹ Goldenberg, I. H., op. cit., pág. 227, § 60; Orgaz, Alfredo, *La Culpa Meroa Nihilistae*, Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 163, ara. 58 y pág. 163, ara. 60; Stiglitz, Gabriel A., *La Responsabilidad Civil Nueva Ficticia y Propietaria*, La Ley, Buenos Aires, 1984, pág. 9, ara. 4.

¹² Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil del Escribano*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984, págs. 55 y sigs., § 16; id., *El Acto Fictio*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, págs. 54 y sigs. y nota 75; id., "Responsabilidad contractual objetiva", J.A., 1989-II-977, ara. VI-C y pág. 978, ara. VII-4 y 7; Geramdi, Daro Mariano, *Responsabilidad Civil*.

Va de suyo que establecer cuándo se produce el fraccionamiento de un nexo causal, constituye una cuestión de hecho a dilucidarse en cada caso planteado. Aunque cabe aceptar *a priori* que media interrupción del nexo causal, cuando el cliente abandona a su primer abogado y se confía a otro profesional, "habida cuenta de que la estrategia profesional del caso puede no haber sido suficientemente comprendida por el colega que continúa la causa"¹².

3) El factor de atribución de la responsabilidad

a) Introducción

A los fines de toda responsabilidad civil, es asimismo necesaria la concurrencia de un factor de atribución de la misma, subjetivo u objetivo, que la ley repunte apto o idóneo para sindicar en cada caso quién habrá de ser el sujeto responsable.

La responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio o personal, razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa, o en su caso por dolo, del agente del daño. O sea que es necesario que el autor material del perjuicio causado (*imputatio facti*), pueda además ser tenido como culpable del mismo (*imputatio iuris*). Y para ello resulta imprescindible que el accionar del agente haya sido "voluntario", es decir realizado con discernimiento, intención y libertad —arts. 897 *in fine* y 900, Cód. Civ.—, y a la vez que hubiese sido "dolosa" (intencional) o al menos "culpable", tal determinación voluntaria.

Nuestro Código Civil contiene en su artículo 512 una impecable definición de la culpa que ha merecido unánimes elogios de la doctrina: la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Se puede decir entonces que existe culpa cuando por negligencia, descuido, falta de precaución o imprudencia, no se obró como habría debido hacerse, provocándose un daño; pero sin que mediase ningún propó-

Factores Objetivos de Atribución. Relación de Causalidad. Ghersi-Carozza, Buenos Aires, 1987, pág. 41, nra. V; Kornblum de Carlucci, Aida, Código Civil., cit., T. 5, pág. 538, § 60; Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad objetiva contractual", J.A., 1989-II-894 y sigs., en especial págs. 899 y sigs., nra. V; Merello, Augusto M., "Responsabilidad aquiliana o contractual", J.A., 1988-V-124; Stiglitz, Gabriel A., Daños y Perjuicios, Buenos Aires, La Rocca, 1987, págs. 37 y sigs., nra. 3-bi; Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil del Abogado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", L.L., 1989-B-671; Massad-Tanz, op. cit., T. 1, Vol. I, pág. 104, nra. 90-2 y págs. 213 y sigs., nos. 121 y sigs.

¹² Parrella de, Deiros., cit., pág. 103, § 217-dt; Trigo Represas, F., Responsabilidad Civil del Abogado, cit., pág. 122, § 24.

sito deliberado en tal sentido por parte del agente. O sea que la culpa viene a caracterizarse por dos notas igualmente negativas: está ausente o falta la voluntad o intención de perjudicar, pero igualmente media omisión, por cuanto no se adoptan (*fallan*), las diligencias adecuadas para evitar la producción del daño.

La culpa a su turno puede presentarse bajo distintas formas. Como *negligencia*, que es en verdad lo específicamente contemplado en la mencionada definición del artículo 512 del Código Civil, la que consiste en la omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso; es decir: *no se hace o se hace menos de lo debido*. Como *imprudencia*, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever cabalmente las consecuencias que podían derivarse de ese obrar irreflexivo: *se hace lo que no se debe, o en todo caso más de lo debido*¹⁴. Y, específicamente con relación a los profesionales, como *impericia* o desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que, según se dijera, todos los profesionales deben poseer los conocimientos teóricos y prácticos pertinentes y obrar con previsión y diligencia con ajuste a los mismos.

Ahora bien, cuando se trata de apreciar la culpa profesional, no se puede ocurrir sin más ni más al modelo del *buenos pater familias*, o sea del hombre prudente y diligente término medio; sino que muy por el contrario será necesario recurrir al arquetipo del "buen profesional" de que se trate. Y, así como se exige de los deudores comunes que pongan en el cumplimiento de sus obligaciones "todos los cuidados de un buen padre de familia", cabrá pretender del deudor "profesional" que ponga en el cumplimiento de la suya "todos los cuidados de un buen profesional de su especialidad"¹⁵; ya que no puede compararse con el hombre medio prudente y diligente a quien se desempeña como abogado, y como tal posee, sin duda, conocimientos o aptitudes superiores a las del común denominador de la gente¹⁶. O sea que para apreciar si ha mediado o no culpa del

¹⁴ Alterini, Attilio A. *Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 94 y sigs., nro. 103; Alterini, A. A. - Amal, O. J. - López Cabana, R. M., *op. cit.*, pag. 183, nro. 439; Liambias, J. J., *op. cit.*, T. III, págs. 696 y sigs., nro. 3275; Masot Barragán, J., *op. cit.*, T. I, págs. 69 y sigs., nro. 28.

¹⁵ Massad - Taux, *op. cit.*, T. I, vol. II, pág. 129, nro. 486 y pág. 438, nro. 705; Derogée, René, *Traité des Obligations en Général*, T. III, Arthur Rousseau, Paris, 1928, pag. 428 y sigs., nro. 256; Flaminí - Ripert - Ersmén, *op. cit.*, T. VI, págs. 528 y sigs., nro. 379; CNFed, Sala I, Civ. y Com., 27-X-1970, "Valleachi o Instituto Servicios Sociales Baccenier", L.L., 143-873 (24.856-S); Cám. Civ. Com. y Minería San Juan, Sala I, 31-VIII-1969, "Allende de Galvani o L. A. A.", D.J., 1994-1-362.

¹⁶ Flaminí - Ripert - Ersmén, *op. cit.*, T. VI, pág. 716, nro. 513; Sales, Anselmo E., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotadas*, T. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1971, pág. 361, art. 513, nro. 5.

letrado, habrá que comparar su comportamiento con el que habría tenido un profesional prudente, munido del bagaje científico que era dable exigir, en las mismas circunstancias; teniendo en cuenta que el error de orden científico no es constitutivo de culpa si resulta excusable¹⁷. Así en un caso concreto se decidió que si existe jurisprudencia vinculante respecto de plazos de caducidad para la promoción del proceso contencioso administrativo, su desconocimiento por el letrado importa culpa y compromete su responsabilidad, y que entonces el abogado desconoce el derecho que profesa y practica, da consejos a la ligera sin el conocimiento previo del asunto y el estudio del derecho que lo rige, y no advierte a su cliente de los peligros de una situación en la que puede verse envuelto, todo lo cual no puede menos que ser calificado como negligencia¹⁸. Y también se ha resuelto que el profesional que ejerce la abogacía debe adecuar su actuación al derecho vigente y esencialmente a los principios de lealtad, buena fe y probidad procesal, y que existe negligencia de parte del letrado que plantea un incidente de nulidad que intentaba anular todo un procedimiento prácticamente agotado, sin haber examinado debidamente la documentación que acompañara y los títulos dominiales antes agregados por la actora, lo que "le hubiera permitido advertir la falta de razón de su patrocinado y evitar así incurrir en el error que ahora invoca, el cual no era excusable, por su condición de técnico del derecho"¹⁹.

En este sentido, nuestro régimen general de la responsabilidad civil aporta directivas que complementan y deben ser interpretadas armónicamente con las del precitado artículo 512 del Código Civil, tales como las del artículo 902, que establece mayor responsabilidad cuando *mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas*²⁰, y para el ámbito contractual solamente, la del artículo 909, que establece que en los contratos que suponen una *confianza especial entre las partes*, es decir en los contratos *intuito personae* a los que aluden los artículos 626 y 730 del Código Civil, el grado de responsabilidad se habrá de estimar *por la condición especial de las partes*. En efecto, el adiestramiento específico que exige la condición de "profesional", comporta un especial

¹⁷ Cám. Civ. Com. y Minería San Juan, Sala I, 31-VIII-1993, "Alfonso de Galvani c/ L.A., A.", J.A., 1994-I-455 y D.J., 1994-I-363.

¹⁸ Fallo citado en este precedente.

¹⁹ Cám. Civ. Com. San Martín, Sala II, 9-IV-1996, "Raimundo c/Robocem S.R.L.", L.L., 1996-866, folio 1919.

²⁰ Altarini - Arrial - López Cabana, op. cit., pág. 767, nro. 1843; Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil de los resultados en el ejercicio de un profesión", L.L., 1975-C, pág. 45, nro. II y en Responsabilidad Civil y otros Estudios, Abogado Parrot, Buenos Aires, 1984, pág. 448, nro. II; Roxasina, L. op. cit., T. II, pág. 1518, CMCv., Sala G, 8-VI-1983, "Dominguez c/Jakko", E.D., 107-171; Trib. Ética Forense, 3-III-1983, "G., V.A.", L.L., 1984-A-314, J.A., 1984-I-83 y E.D., 105-660.

deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas en los términos del artículo 902 del Código Civil²¹; y en lo atinente al artículo 909 del mismo Código resulta obvio que la competencia extensible, a veces declarada, de ciertos profesionales: especialistas, profesores, etcétera, justifica una exigencia mayor a su respecto que con relación a los profesionales comunes, en tanto y cuanto tales condiciones han sido tenidas en cuenta y gravitadas en la celebración del respectivo contrato²².

Además en ello habrá de influir, siempre, el contenido de la prestación a cargo del letrado, según sean las por él asumidas obligaciones de medios o de resultado.

b) El *distingo* entre obligaciones de medios y de fines

En el caso de los abogados, la obligación que los mismos suelen asumir en general es de *medios*, dado que no se pueden comprometer a ganar un juicio o litigio, sino únicamente a poner de su parte todos sus conocimientos, aptitud, empeño y dedicación en procura del resultado esperado pero no asegurado²³. No obstante también pueden obligarse a un *resultado*, tal como sucede por ejemplo, si el abogado se compromete a redactar un contrato o un estatuto societario, o a realizar una partición, etcétera; considerándose en general que el abogado se encuentra asimismo obligado a una prestación de este tipo, con relación a los actos procesales de su específica incumbencia²⁴, tales como: suscribir y presentar los escritos pertinentes, concurrir a secretaría al menos los días asignados para "notificaciones en la oficina", asistir a las audiencias que se

²¹ Alberini - Ansel - López Cabana, *op. cit.*, págs. 767 y sigs., nro. 1844.

²² Colombo, Leonardo A., *Culpa Aquiliana* (Cuasidelictos), 3ª ed., Teo, Buenos Aires, 1947, págs. 269 y sigs., nro. 93-7; CNCiv., Sala G, 8-VI-1983, "Dominguez c/ Gallo", E.D., 167-170; ídem, Sala H, 13-III-1998, "Bassola c/C., D.A.", semanario de J.A., nro. 6058, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pag. 57; Trib. Etica Forense, 3-III-1983, "G., V.A.", L.L., 1284-A-314, J.A., 1984-I-49 y E.D., 105-668; Cám. Civ. 1ª Cap. Fed., 30-VI-1938, "García González c/Sanson", J.A., 62-102 y L.L., 11-125.

²³ CNCiv., Sala H, 13-III-1998, "Bassola c/C., D.A.", semanario de J.A., nro. 6058, del 24-X-1997 (J.A., 1997-III), pag. 57; Cám. Civ. Com. y Minoria San Juan, Sala 1ª, 31-VIII-1998, "Allende vda. de Cabana c/Lerpe Arrendatari", J.A., 1894-I-455 y D.J., 1894-1-382.

²⁴ Alberini - Ansel - López Cabana, *op. cit.*, págs. 771, nro. 1853; Bonasi Benucci, Eduardo, *La Responsabilidad Civil*, trad. de Juan V. Fuentes Lejo y José Peré Rabey, Barcelona, Bosch, 1958, pag. 313, nro. 94; Bustamante Albina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 503 y sigs., nro. 1294 y sigs.; Trigo Represas, F., *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., págs. 184 y sigs., § 25-B12; CNCiv., Sala D, 15-V-1962, "Pedraza Ltda. S.A. c/ Palacios", L.L., 107-15, J.A., 1962-II-29 y E.D., 3-312; ídem, Sala E, 28-XII-1991, "Pabreiro de Materas c/Nostro", L.L., 1233-A-64; ídem, Sala F, 27-VII-1976, "Pedro Bachelis S.A. c/P., M.E.", J.A., 1977-I-755; ídem Sala H, 13-III-1998, "Bassola c/C., D.A.", semanario de J.A., nro. 6058, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pag. 57; Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, 26-XII-1991, "A. y P., R. c/A.G.", J.A., 1993-III-118.

celebren, interponer los recursos legales contra toda sentencia adversa a su parte y, en general, impulsar el procedimiento en la forma de ley —arts. 11, ley 10.996 y 59, inc. 8° y 90, ley 5177 de la pcia. de Buenos Aires—.

c) La responsabilidad objetiva del abogado

Ha de insistirse que en las obligaciones de *finis*, según ya se anticipara, el factor de atribución de la responsabilidad deviene objetivo; razón por la cual en estos casos se tiene al profesional por responsable de los daños que se deriven de la frustración del resultado, sin necesidad de la prueba de su culpa²⁵. O sea que la acreditación de la circunstancia objetiva de la no obtención del resultado perseguido *desplaza a la culpa*, no porque no exista, sino porque en las obligaciones de "finis" la misma carece de interés y queda fuera de la cuestión, en razón de que la prestación tenía por meta un objetivo determinado concreto²⁶.

d) Responsabilidad del abogado por culpa

El incumplimiento no se configura por la sola circunstancia de la no obtención del fin esperado, cuando la obligación asumida por el abogado es de medios y sólo se ha comprometido de su parte a una prestación idónea de sus servicios profesionales —emplear todos sus conocimientos, diligencia, pericia y prudencia— en procura de un resultado favorable, cuya obtención no puede, sin embargo, garantizar —v. gr. ganar un pleito o lograr la absolución de su defendido en una causa penal, etc.—. Por ello es que en estos casos quien pretenda del abogado una indemnización, deberá demostrar que la frustración del éxito esperado acaeció por "culpa" del profesional, porque, por ejemplo, actuó descuidadamente en el estudio de la causa, articulando defensas impropias, infundadas o

²⁵ Anderson, op. cit., pág. 481, nro. 3-c; Alberici - Arceál - López Cabrera, op. cit., pág. 771, nro. 1863; Basso Benazzi, op. cit., pág. 313, nro. 34; Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 503 y sigs., nros. 1335 a 1338; Karmelrajer de Carlacci, "Daños...", cit., J.A., 1993-III-715, nro. III-c Trigo Raposo, *La Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 146, § 24-B.2; CNCiv., Sala F., 27-VII-1976, "Pedro Basbella S.A. c/P. M.E.", J.A., 1977-I-755; idem, Sala H., 13-III-1986, "Rissola c/C. D.A.", comentario de J.A., nro. 4068, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pág. 57; SCBA, 1°-III-1983, "Torres", L.L., 1983-B-646, E.D., 104-467 y D.F.B.A., 124-317.

²⁶ Buenos, *Responsabilidad Civil de los Chirinos...*, cit., págs. 156 y sigs., § 30; id., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, T. 2, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, págs. 83 y sigs., § 50, nros. 3 y 4; Bustamante Alsina, Jorge, "La prueba de la culpa", L.L., 93-889 y sigs. y en *Responsabilidad Civil y otros Estudios*, Abelardo Ferrat, Buenos Aires, 1984, págs. 430 y sigs., nros. 24 a 27; Viqueza Ferreras, "Responsabilidad...", cit., J.A., 1989-III-983 y sigs., nro. V y pág. 935, nro. VIII; id., "La responsabilidad contractual objetiva", L.L. 1988-B-1001, nro. V y pág. 1023, nro. 5-VII y VIII.

absurdas, o por no haber tenido conocimiento de lo que un profesional de su jerarquía habría debido y pedido saber³⁷, o sea, actuó con negligencia, imprudencia, impericia y/o desidia.

Por lo demás, aun sin acudir al distingo entre obligaciones de medios y de resultado, buena parte de nuestra doctrina entendió que cuando el abogado actuaba patrocinando a su cliente o ejerciendo la dirección letrada del juicio, la responsabilidad no podía tenerse por configurada por la mera circunstancia de no haber prosperado en la litis la pretensión de su parte, siempre que la postura técnica asumida tuviese razonable apoyatura en alguna de las fuentes del derecho vigente; de forma que sólo se compromete la responsabilidad del profesional cuando el fracaso obedece a una actuación negligente o a errores jurídicos inexcusables³⁸.

Sin embargo, hoy se admite en general con relación a la prueba de la culpa, que rige el principio de las "cargas probatorias dinámicas", con andamento en lo dispuesto por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el artículo 375 de su similar de la provincia de Buenos Aires³⁹, conforme al cual el onus probandi habrá de recaer sobre quien se encuentre en mejores condiciones para probar, *a priori* precisamente los propios profesionales cuando se trata de su responsabilidad civil⁴⁰.

³⁷ Andorno, *op. cit.*, págs. 479 y sigs., nro. 3-8; Bonasi Bruschi, *op. cit.*, pág. 313, nro. 84; Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., pág. 504, nros. 1339 y sigs.; CNCiv., Sala B, 8-V-1986, "Manserv. Cap. o/Es", J.R., L.L., 1986-D-333 y E.D. 119-623; ídem, Sala C, 8-X-1986, "Huiz o/Carce", L.L., 1987-C-212; id., 22-XII-1977, "Matrasi", L.L., 1979-A-585; Sala D, 13-XII-1978, "Fernández o/Nicossa", E.D. 87-137; id., 4-V-1979, "Minauzi de García Huergo o/Alameda Acamburo", L.L., 1979-D-21 y E.D. 88-520; Sala E, 23-X-1976, "Narsedin o/Raconino de Salum", E.D. 72-669, L.L., 1977-D-763 y D.J.R.A., 124-317.

³⁸ Aguilar, *op. cit.*, T. II, pág. 421, nro. 63 bis-1; De Gáspari, Luis - Morello, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil*, T. IV, Tom. Buenos Aires, 1984, págs. 489 y sigs., nro. 1873-b; Palacios, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, T. III, Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1978, págs. 185 y sigs., nro. 343-a; Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los Actos Procesales*, Ediar, Buenos Aires, 1955, págs. 89 y sigs., nro. 23; Salvat - Acuña Anzorregui, *op. cit.*, T. IV, págs. 323 y sigs., nro. 2900 y nota 14-a.

³⁹ Morello, Augusto M., "La responsabilidad civil de los profesionales liberales y la prueba de la culpa (a propósito del art. 1825 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial)", L.L., 1986-E-889 y sigs.

⁴⁰ Kermelmaier de Carlucci, "Datos...", cit., J.A., 1993-III-715, nro. III-a). Con relación a la responsabilidad civil de los médicos puede verse sobre el tema: voto de la Dra. Berda de Radelli en fallo de la CNCiv., Sala I, 25-X-1990, "Favillo o/Peñero", E.D. 141-595 y L.L., 1990-D-114; CNCiv., Sala D, con voto del Dr. Alberto J. Buzano en fallos del 24-V-1990, "Calzaverra o/Muniz. Cap. Fed.", L.L., 1991-D-489 y 8-VIII-1989, "Fernández Russo o/Hosp. Buenos Mejía", J.A., 1990-II-1969 y L.L., 1990-E-416; y con voto del Dr. Salgado en fallo del 13-V-1990, "Sica o/Entel", L.L., 1992-D-581, con nota coincidente de Jorge Bustamante Alsina, "Prueba de la culpa médica", L.L., 1992-D-582 y sig. nros. V y VI; Vázquez Freyreya, *Prueba de la Culpa Médica*, cit., págs. 106 y sigs., § 12. En la presentada nota, sostiene Bustamante Alsina que en el marco normativo del Cód. Proc. Civ. y

e) Las cuestiones de hecho y de derecho

En lo atinente a la culpa o negligencia del abogado, se ha formulado un distinción de trascendencia, entre las cuestiones de "hecho" y de "derecho".

Al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas y desarrollos argumentativos, por lo que no puede limitarse simplemente a reproducir las circunstancias fácticas que le fueran expuestas por el cliente, sino que debe aprehenderlas y valorarlas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas, para así escoger de entre todas ellas. *"Los hechos en base a los cuales 'constituird', 'organizard' el caso, preparard la prueba, desarrollard la teoría aplicable y elaborard la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente"*²⁰. Por ello es que se ha decidido que la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, como también la viabilidad de la acción a deducir sobre la base de los mismos²¹, dado que los profesionales en derecho no son meros encausadores procesales de las pretensiones de sus clientes, sino expertos que deben advertirlos sobre la improcedencia de presentarse en los estrados judiciales cuando para ello sólo los guía una conducta teñida de mala fe, es inadmisible que los abogados de quien ha litigado temeraria o maliciosamente puedan desligarse de responsabilidad por la promoción del proceso alegando que sólo acataron las directivas de su cliente, ya que era su obligación disuadir al mismo de su actitud y no embarcarlo en una aventura judicial condenada no sólo al fracaso sino también a la sanción²²; e igualmente que es responsable por la falta de claridad en la exposición de los hechos,

Com. y principios que informan la doctrina procesal, se puede exigir al médico una amplia colaboración en la elucidación de los hechos controvertidos, puesto que ambas partes deben actuar en el proceso con buena fe; y que el mérito probatorio de los elementos arrojados habrá de permitir al juez, al fallar, determinar las presunciones de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa, cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo (usar probatorienus), que al accionante a su vez para probar la culpa de aquél.

²⁰ Anderos, op. cit., pág. 480, nro. 3-bi Cuest. Res. Julio C. "El buen abogado litigante", L.L., 1988-C-715 y sigs., nro. 11-d. En prolegio de la incumbencia profesional del abogado, el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho e interés jurídico al que presta su asistencia jurídica (Cán. Civ. y Com. San Martín. Sala II, 9-IV-95, "Reimundo offRobresen S.R.L.", L.L., B.A., 1990, pág. 860, Salo 1510).

²¹ CNCiv., Sala B, 9-VI-1976, "Vredial S.C.A. offSestepa", E.D., 75-638, nro. 3, Cam. Trab. San Francisco, 27-III-1979, "Burgos offUnión Carnal S.R.L.", J.A., 1980-12-275.

²² CNCCom., Sala A, 14-VIII-1986, "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. offFundación Centro Infantil para Rehabilitación Impedidos Neuromusculares Carmen Offredí", E.D., 167-565.

aunque hubiese repetido lo que le manifestara su cliente, si ello facilitó el triunfo de la otra parte²⁴.

Por el contrario, en punto a las cuestiones de "derecho" nuestra jurisprudencia ha entendido en general que no media responsabilidad del abogado en los casos de errores científicos, aun de haber sido controvertidas las teorías o interpretaciones hechas valer por él mismo en su argumentación; sosteniéndose que sólo existirá culpa profesional en los casos de impericia u olvido de las precauciones que la prudencia ordinaria prescribe, o de las reglas admitidas por todos como ciertas²⁵. Y ello es tanto más así, si se advierte lo complicada que puede llegar a ser la tarea de desentrañar el contenido de las normas jurídicas, máxime teniendo en cuenta "...que las leyes varían... en su sentido, sin cambiar en las palabras, por obra de la jurisprudencia interpretadora, que suele tener períodos vacilantes y oscilatorios, inclusive para consagrar las rectificaciones más opuestas y novedosas"²⁶, lo que es destacado acertadamente por Parellada proponiendo el siguiente ejemplo: "en 1973 un abogado podía dictaminar que era inconveniente iniciar un juicio para reclamar la diferencia entre los valores nominal y de cambio de la prestación dineraria abonada después de caído en mora (el deudor), pues se trataba de un tema sumamente discutible en derecho. No era una conducta culpable sino extremadamente prudente. La misma conducta a partir de 1976 aparece como negligente, en virtud de la evolución y modificación de los criterios dominantes en la materia²⁷. Pero, tampoco puede considerarse culpable la conducta de los profesionales que llevaron adelante los procesos que dieron la oportunidad de que la jurisprudencia evolucionara"²⁸.

Tratándose de errores de "derecho" en un litigio judicial, se ha señalado inclusive que sus consecuencias pueden no ser tan relevantes, atento

²⁴ CNCiv., Sala F, 27-XII-1959, "Piam o'Converti", L.L., 90-616 y J.A., 1960-II-29.

²⁵ CNCiv., Sala B, 9-V-1949, "Munari, Cap. o'El R.", L.L., 1949-D-633 y E.D., 119-622; ídem, Sala C, 22-XII-1977, "Malvasi", L.L., 1978-A-685, ídem, Sala D, 4-V-1979, "Minuzzi de García Huergo o'Alfonso Aramburú", L.L., 1979-D-21 y E.D., 63-520; Cám. Civ. I°, 30-VI-1938, "García González o'Sonnet", L.L., 11-125 y J.A., 62-702.

²⁶ Méndez, Amílcar A., Abogado, Ejea, Buenos Aires, 1960, pág. 102.

²⁷ Alude a la recepción jurisprudencial de lo que se dice en llamar la "indexación" de las deudas dinerarias, en particular a partir del fallo de la CSJN del 23-IX-1976, in re "Vieytes de Fernández o'Fcia. de Buenos Aires" —L.L., 1976-D-341, J.A., 1976-IV-368 y E.D., 49-186—, y otras importantes pronunciamientos dictados luego en su consecuencia: el plenario de la CNCiv. Cap. Federal, del 9-IX-1977, in re "La Amistad o'Fierro" —L.L., 1977-D-1, J.A., 1977-IV-1 y E.D., 74-452—; plenario de la Cám. Nac. en lo Comercial, del 13-IV-1977, "C.N. Apet. Cam. o'desvalorización monetaria en caso de mora" —L.L., 1977-B-186, J.A., 1977-II-338 y E.D., 72-266—; fallo de la SCBA del 21-VI-1977, in re "Mas o'Noll" —E.D., 73-606, J.A., 1977-III-457 y D.J.B.A., 111-213—, etc.

²⁸ Parellada, Doctor..., cit., págs. 81 y sigs., § 26-a); ver CNCiv., Sala A, 26-II-1980, "Terras o'Larraguy", L.L., 1980-C-488.

que tales errores en cuanto al fundamento de la *litis* pueden quedar subsanados por aplicación del principio *in re curia novit*, en cuya virtud el juez puede elegir libremente la norma o normas que conceptualicen el caso sometido a su decisión, con prescindencia de la designación técnica que le hubiese podido dar la parte a la situación de hecho litigiosa³⁹.

f) Responsabilidad del abogado por dolo

Aunque mucho menos probable, también puede darse el caso de responsabilidad por "dolo" del abogado, en los supuestos de consejos dolosos o maliciosos dados por él mismo a su cliente, que puedan derivar en daños a terceros. Así, verbigracia, incurriría en este tipo de responsabilidad el profesional que aconseje deliberadamente a su cliente, pronto a iniciar un juicio de divorcio y disolución de sociedad conyugal, que "vacte" su hogar de muebles y bienes, como así la caja de valores bancaria, etcétera, y los esconda para que no puedan ser hallados e incluidos como parte del acervo conyugal a repartir; o quien sugiera formular una denuncia criminal contra un tercero para que éste no pueda comparecer en el momento que corresponda para cotizar en una licitación o remate, o participar en un concurso, etcétera.

Sobre el respecto se ha dicho que tal responsabilidad puede existir por aplicación de lo establecido en el artículo 1081 del Código Civil, que menciona entre los responsables solidarios de todo delito civil, a los *consejeros*, ya que, entendiéndose por tal a quien da su *paraver* o dictamen para hacer o no hacer algo, dentro de tal concepto puede encuadrarse perfectamente al abogado que dé un consejo doloso o malicioso, "por el cual, y siguiendo el mismo, el aconsejado realiza un acto que ocasiona un daño a la persona, a la honra o al patrimonio de un tercero", en cuyo supuesto "el profesional requerido... reviste la categoría de un verdadero instigador de la conducta asumida por el aconsejado"⁴⁰. Obviamente la prueba del "dolo" es a cargo de quien pretenda su existencia.

A mayor abundamiento, existen algunos supuestos concretos previstos legalmente, en los que de ordinario ha de haber mediado un consejo doloso, o al menos imprudente, por parte del abogado interviniente; tal como ocurre en los casos de: embargos abusivos —art. 208, Cód. Proc.

³⁹ Bustamante Ahuira, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 355 y sigs., nro. 1345; De Gaspari - Morello, *op. cit.*, T. II, pág. 423, nro. 63 bis-11; Salvat - Acosta Anzorrena, *op. cit.*, T. IV, pág. 324, nro. 2689, nota 14-a).

⁴⁰ Basso, Carlos María, "Responsabilidad de los profesionales por consejos dolosos o imprudentes", *Cuadernos de Doctrina*, nro. 3, Colegio de Abogados del Epto. Judicial de Lomas de Zamora, 1981, pág. 47, letra g); Kesselmajer de Carlucci, *op. cit.*, J.A., 1993-III-110, nro. III-b); Trigo Represas, F., *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., págs. 170 y sigs., letra c).

Civil y Com. de la Nación y de la Pcia. de Bs. As.—, petición con dolo o culpa grave de una quiebra después revocada —art. 89, ley 24.522—, o, en fin, en los casos de conducta maliciosa o temeraria asumida en el pleito por parte de quien luego lo pierde total o parcialmente —arts. 45, 561, 584, CPCCN y 45, 549 y 592, Cód. Proc. Civ. Com. Pcia. de Bs. As.—. Lo cual es así, dado que: "Al litigante, en la mayor parte de los casos no se le puede atribuir conciencia de la propia sustracción, porque la propia sustracción es, generalmente, una cuestión de derecho, y es precisamente el abogado quien en este aspecto le da consejo, lo asesora"⁴¹. Aunque se ha resuelto que en estos casos el *animus nocendi* debe ser manifiesto o notorio, por lo que se ha considerado inaplicable el precitado artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si el consejo o procedimiento equivocado pudo obedecer a un *animus defendendi*⁴².

4) El daño

Un aspecto peculiar de la responsabilidad del abogado lo constituye la determinación del daño indemnizable, ya que si bien la frustración de un negocio jurídico debida a un deficiente asesoramiento, o la pérdida de un juicio por omisiones o errores imputables al abogado, configuran un daño cierto, lo real es que en estos casos la indemnización no puede consistir en el importe total de la operación no concretada o en el de la suma pretendida en la demanda desestimada, por tratarse de resultados que de todas formas eran inciertos y dependían de otras circunstancias ajenas al profesional, y por cuanto además ya nunca se podrá saber si en otras condiciones el negocio se habría o no concluido, o si hubiese o no sido favorable la sentencia judicial. Por ello es que el resarcimiento sólo puede consistir entonces en la pérdida de la *chance* o posibilidad de éxito, cuyo mayor o menor grado de probabilidad habrá de depender en cada caso de sus particulares circunstancias fácticas⁴³, que tiene precio por sí

⁴¹ Mizello, Augusto M. - Passi Lanza, Miguel A. - Sosa, Guillerme L. - Bericocco, Roberto G., *Código Procesal Civil y Comercial, T. I, Plenarios y Abellido-Perrot*, La Plata - Buenos Aires, 1978, pag. 462.

⁴² CNCiv., Sala D, 27-VI-1978, "Garrido de Piretti c/Miles", E.D., 81-718, *rem. an. 57*.

⁴³ En Argentina: Acuña Anzorrena, Arturo, "Responsabilidad del procurador y del abogado por dejar permitir la instancia", en *Ensayos sobre la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 218 a 222; Caizman, Pedro N., "Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance", en *Temas de Responsabilidad Civil en Honor al doctor Augusto M. Mizello*, Plenarios, La Plata, 1981, págs. 25 y sigs., *arcs. 10 y sigs.*; Colombo, Leonardo A., "Indemnización correspondiente a la pérdida de las probabilidades de éxito en una causa jurídica", L.L., 197-16 y sigs., *arcs. 2 y sigs.*; Karmalmajor de Carlucci, "Daños...", cit., J.A., 1983-III-323 y sigs., *arc. V-40*, cit.; Ogas, Alfredo, *El Daño Resarcible*, 2ª ed., Bibliográfica Ombra, Buenos Aires, 1980, págs. 96 y sigs., *arc. 24*; Zannoni, Eduardo A., *El Daño en la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Astron, Buenos Aires, 1987, págs. 74 y sigs., § 24; CNCiv., Sala E, 26-XII-1991, "Pantelón de Materba c/Ombra", L.L., 1992-A-64; *idem*, Sala H, 13-

misma, pero que nunca se identifica con el perjuicio económico perseguido en el juicio frustrado⁴⁴.

Así, si la expectativa fracasada era muy general y vaga, podría quizá no corresponder ninguna indemnización, por tratarse de un daño puramente eventual o hipotético, por lo que se han rechazado demandas de daños dirigidas contra abogados que no recurrieron una sentencia adversa, cuando su parte tenía muy pocas o ninguna posibilidad de triunfar en ese juicio⁴⁵, lo cual ocurre por ejemplo si actuaba como demandada y había reconocido el crédito que se le reclamaba y la procedencia del cobro intentado en su contra⁴⁶. Por el contrario puede suceder que la posibilidad sea bastante cierta o muy fundada, tal como ocurre cuando el demandado por daños resultantes de un accidente de tránsito ha sido condenado en sede penal, ya que entonces es prácticamente ineludible la sentencia civil favorable a la víctima, atento a la no discutibilidad del suceso y de la culpa de su autor en esta última sede, conforme a lo dispuesto por el artículo 1.102 del Código Civil⁴⁷.

Pero ante todo debe estar demostrada la efectiva pérdida de la chance, lo que obliga en primer lugar a acreditar la imposibilidad de promover nuevamente la misma acción, que en principio sería factible si la misma no se halla prescrita y no media cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión litigiosa. Ya que si la litis fracasada puede volver a intentarse, estaríamos más bien frente a un daño emergente concreto, con relación al cual la indemnización no podría ir mucho más allá del importe de las costas devengadas en el juicio perdido⁴⁸.

III-1996, "Rianda c/C. D.A.", semanario de J.A., nro. 6096, del 24-IX-1997 (J.A., 1997-III), pág. 57; id. Sala M, 18-III-1994, "Babilian c/Alvarez", L.L., 1995-D-75; Cám. Civ. Com. y Minería San Juan, Sala II, 2-IX-1992, "Quiroga c/Sánchez Bustos", J.A., 1994-I-198 y D.J., 1993-I-737. En el extranjero: De Aguiar Dias, José, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, cit., T. II, pág. 364, nota 1299; Maxaud-Tuzet, op. cit., T. I, Vol. I, págs. 307 y sigs., nro. 215; Pérez Vivas, Álvaro, *Tratado General de las Obligaciones*, T. II 2º ed., Temis, Bogotá, 1952/53, págs. 283 y sigs., nro. 204; Savatier, René, *Traité de la Responsabilité Civile...*, cit., T. II, págs. 8 y sigs., nros. 465 y sigs., etc.

⁴⁴ Cám. Civ., Com. y Minería San Juan, Sala 2ª, 2-IX-1992, "De Quiroga c/Sánchez Bustos", J.A., 1994-I-198 y D.J., 1993-I-737.

⁴⁵ Fallo citado en nota precedente.

⁴⁶ CNCiv., Sala C, 21-XI-1978, "Administración Mariblan S.R.L. c/Pérez", E.D., 64-124; id. Sala D, 4-V-1979, "Minuzzi de García Buzago c/Alocada Aramburo", L.L., 1979-D-21 y E.D., 83-320; id. Sala F, 9-VI-1977, "Vases c/Lamas y Cia", L.L., 1978-D-666, Jura, Agrup. nro. 3353.

⁴⁷ Colombo, Leonardo A., "Indemnización...", cit., L.L., 103-28, nro. 5; Trigo Represas, *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., pág. 178, § 28; CNCiv., Sala E, 26-XII-1991, "Pérez de Malerba c/Notas", L.L., 1993-A-64.

⁴⁸ Colombo, "Indemnización...", cit., L.L., 103-17, nro. 4; Peirano Fazio, op. cit., págs. 364 y sigs., nro. 305; Trigo Represas, *Responsabilidad Civil del Abogado*, cit., págs. 178 y sigs., § 28; Zanoni, *El Dolo en la Responsabilidad Civil*, cit., págs. 78 y sigs., § 24; CNCiv., Sala G, 7-VII-1987, "Berger c/Cohen", L.L., 1988-A-346.

**EL ARTE DE JUZGAR
Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ
EN RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS ABIERTAS ***

JORGE MOSSET ITURRASPE

El título insinuado es harto sugerente.

"El arte de juzgar..." implica una toma de posición en el debate, antiguo y arduo, acerca del rol judicial; si antes se aludía a la "boca del juez que repite las palabras de la ley" —Montesquieu— y ahora mencionamos ese quehacer como un "arte", significa que hemos pasado del "mecanicismo" a la "creación"; de un personaje "repetidor" a otro "artista de lo justo y de lo equitativo". Mucho nos congratulamos que así sea. En palabras de Carnelutti, el juez debe ocupar el centro del escenario jurídico y no los lugares secundarios a los que había sido relegado. Desconfiamos de la crítica fuerte y generalizada sobre los jueces, los nuestros y los de otras latitudes. Nos parece que, detrás de estas críticas, aflora la preocupación por hacer retroceder al Estado, incluso en la labor de brindar la "justicia institucionalizada", reemplazándola por los "medios alternativos".

Esa actividad judicial, calificada con acierto como "arte", viene a cubrir una doble faceta, ajena por completo a la concepción del juez como una simple "máquina de subvención". De un lado, la labor judicial es "creadora de Derecho", en cuanto que integra el ordenamiento jurídico, salvando sus lagunas y contemplando el negocio, y dando así cumplimiento al deber de juzgar que a los tribunales imponen las leyes. Y, por otra parte, posibilita "pronunciar" el Derecho, cumpliendo con la función de aplicación y realización del mismo.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene hablar de la "discrecionalidad del juez"? ¿Significa tan sólo aludir al "sano juicio", a la "sensatez", en el cum-

* Con motivo del "Encuentro" de juristas italianos y argentinos - Mendoza, 16 de octubre de 1997.

plimiento de esas labores? Sabemos que el "positivismo", particularmente el de Hart, cuando afirma que los jueces poseen discreción, ubica la voz "discreción" —al decir de Dworkin— en "un contexto de autoridad" y le acuerda dos sentidos: uno débil y otro fuerte. En el sentido "fuerte", que es el que nos interesa, los positivistas afirman que los principios no son obligatorios, vale decir que no proveen al juez de razones justificatorias dotadas de autoridad. Cuando no hay normas o éstas son insuficientes, casos difíciles, los jueces no están sometidos a *standard* obligatorio alguno.

Nosotros no compartimos semejante criterio y, muy por el contrario, pensamos, con Dworkin, en el derecho americano, que los principios son obligatorios y que, por ende, el Derecho se halla compuesto de normas y principios y una teoría del Derecho que deje afuera los principios es parcial e incompleta.

De donde, la "discrecionalidad" mencionada tiene, para nosotros, el sentido de arbitrio o criterio judicial, y no posibilita la exclusión de los principios. En las *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* —septiembre 1997—, la Comisión número 3, destinada a estudiar la "autonomía de la voluntad", recomendó que en una futura reforma del Código Civil se incluya un Título Preliminar que dé cabida a los "principios generales".

Empero, la inclusión de los principios generales entre las "fuentes del Derecho" no significa desconocer que, en punto a interpretación, muestran un carácter diferente, particularidades que no se dan respecto de las normas legales y de las consuetudinarias. Los "principios" no proporcionan soluciones por simple "aplicación" a los supuestos de hecho —como ha señalado muy bien Puig Brutau— y lo que ofrecen es un punto de apoyo o de partida de un razonamiento que tenga en cuenta los hechos de cada litigio para llegar a una solución que responda a la justicia que proclama el principio general.

Las "cláusulas abiertas" —y llegamos así al centro de nuestra exposición—, no son otras que las "cláusulas generales" o "normas abiertas", que se encuentran en el ordenamiento jurídico y no en los negocios particulares. Las normas abiertas configuran un precepto abarcativo, una estructura de tipo que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta. La ley alemana sobre condiciones negociadas generales de 1976/77 (AGB-Gesetz) incorpora, en su parágrafo 9, la norma abierta sobre buena fe, como herramienta jurídica del control de contenido.

Ocurre que esta "apertura" de las normas o de los principios sólo proporciona al juez una orientación general, señalándole hechos, conceptos o criterios que no quedan determinados en sus notas particulares, para que aquél los investigue y valore en cada caso concreto. Bobbio menciona "un vacío dentro de una norma", o una laguna técnica *intra legem*, cuando la ley o el principio, reiteramos, se limita a dar directivas de carácter general y deja al intérprete la tarea de complementación al aplicar la norma o el principio al caso concreto.

¿Dónde se encuentra hoy el eje del debate en orden a la labor judicial? No dudamos en responder, atentos a la injerencia de la "economía de mercado" en la regulación de los contratos, que se halla en torno a la nulidad parcial de los contratos con condiciones generales ineficaces, por violación a normas imperativas. La "lógica del mercado", el "dejar hacer", por una parte, y el retroceso del ordenamiento del Estado, suplantado por el "orden espontáneo" —procesos de privatización, desregulación y flexibilidad—, se "escandalizan" frente al quihacer de un juez que no sólo declara la nulidad parcial del contrato —muchas veces con invocación de un "orden público" y una "moral social" que la economía "no entiende"—, sino que pretende, además, "integrar el contrato", sustituyendo la cláusula anulada.

La pregunta es ahora: ¿la discrecionalidad en el arte de juzgar se compatibiliza con la integración de un contrato por "vía judicial"? ¿No se cometería un exceso, por violación a la autonomía de la voluntad, a la libertad negocial, principio con base constitucional?

El artículo 37, última parte, de la ley 24.240 dispone: "Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

¿Cuándo será necesario o conveniente y cuándo no lo será?

Recordemos que las "normas abiertas", que dan pie a la direccionalidad judicial, son las de los incisos a y b, del artículo 37: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones y limiten la responsabilidad por daños, y b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

Y tengamos en cuenta, así mismo, la norma del artículo 1039 del Código Civil, que, partiendo del principio de "separabilidad", consagra la regla de la incomunicabilidad de la nulidad, que se corresponde con el principio de conservación del negocio. Se trata, sin lugar a dudas, de dos decisiones graves que ponen a prueba la discreción judicial: una, menos grave, la de anular la cláusula contraria al derecho imperativo; otra, más grave, la de integrar el contrato, sustituyendo la cláusula separable. Hay aquí una indudable tarea interpretativa e integrativa, de complementación, que debe atenderse a la intención práctica perseguida por quienes declaran su voluntad en el acto jurídico.

Sin embargo, no es una cuestión enteramente novedosa, ni para el derecho argentino ni para el italiano. Tenemos presente la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, que procura, al decir de Morello, "desgravar la posición del deudor", recomponer el sentido de la relación contractual, y, en nuestra expresión, "la vuelta al relativo equilibrio originario". El rol del juez en ese proceso de revisión —art. 1198, Cód. Civ.— se juzgó muy importante: decide de acuerdo con su buen sentido y *loqes* de lo razonable, como director del proceso de revisión, la razonable recomposición mediante una valoración discrecional, en vista de la entidad total del contrato. Píno, en la doctrina italiana, recuerda que

ése es el criterio de una corriente doctrinaria, de menor eco en la jurisprudencia: el juez está legitimado para producir un fenómeno de sustitución, en sentido técnico, con los alcances de modificar la relación contractual; una actividad negocial, a cargo del juez, similar a la que generó la relación; el ajuste lo produce, por lo tanto, sobre un plano económico, libre de vínculos jurídicos, actuando según criterios contingentes.

Treinta años después el tema de la revisión judicial, ahora en los contratos de consumo, especialmente, y frente a una negociación sobre la base de condiciones generales predisuestas, más propias de un capitalismo monopolístico u oligopólico que de un capitalismo de competencia, reaparece. La autonomía de la voluntad se muestra como una fórmula vacía si no se integra con una paridad socioeconómica. La nulidad parcial se fundamenta en la necesidad de proteger al adherente frente a las consecuencias negativas que tendría para él la nulidad total del contrato. No está basada en la voluntad presumible de las partes.

Frente a esta integración o interpretación integradora se levanta el temor a la denominada "desproporcionalidad en la intervención estatal". Se teme que el intervencionismo judicial se vuelva "dirigista" y responda a criterios propios, divorciados de los plasmados en el negocio.

Y de allí que, como una garantía de la discreción judicial, en el difícil arte de "recomponer el negocio", se propugne que "la integración se base en los propios acuerdos ineficaces", reducidos en la medida necesaria para preservar la supremacía de la norma imperativa infringida. Este expediente suele denominarse: "reducibilidad del negocio o reducción conservadora de la validez". No habremos de hacernos eco del debate acerca de si existe diferencia práctica o dogmática entre la reducción y la nulidad parcial de una cláusula, tema que ha ocupado largamente a la doctrina alemana. Importante en cuanto un sector de la doctrina otorga al juez la posibilidad de corregir el contenido del contrato, solamente con base en "reducciones", rebajas o reconducciones para adoptar la cláusula impugnada a la ley, pero le niega la posibilidad cuando la corrección se hace a partir de una nulidad parcial.

Más acá de semejantes disquisiciones —distingo entre "cláusulas excesivas" y "cláusulas indiferenciadas", entre "alternatividad acumulativa" y "alternatividad exclusiva"— conviene señalar, liminarmente, y en seguimiento de la doctrina especializada, que la "reducción", como técnica de aplicación de la integración del contrato, no puede ser utilizada, sin más, para resolver cualquier tipo de contradicción entre un pacto contractual y una norma imperativa, sino que su aplicación depende de que al hacerlo se conjuguen adecuadamente los principios de la primacía de la regulación imperativa y de respeto a la autonomía privada.

Y, precisamente, un ámbito en el cual la aplicación de la técnica ha sido seriamente cuestionada es el de la contratación sobre la base de condiciones generales predisuestas. Justamente porque no cualquier

condición general es susceptible de reducción; más aún, diríamos que la mayoría de ellas no son susceptibles de técnica semejante. Pensemos en las cláusulas a) y b), del artículo 37: ¿cómo "reducir" las desnaturalizaciones de las obligaciones o las limitaciones de responsabilidad? ¿Cómo reducir las renunciaciones o restricciones de los derechos del consumidor? Más que reducir, como consecuencia de la nulidad, parece procedente "dejar de lado", excluir u omitir cláusulas semejantes. O bien sustituirlas.

No debemos olvidar que la reducción plantea otros problemas conexos, como los relativos al quantum de esa reducción, y, además, convierte a los tribunales en "procuradores" de los predisponentes, atribuyéndoles una tarea que no es la suya; no es tarea de los tribunales de justicia encontrar la configuración de las condiciones generales —abusivas o excesivas— que dentro de lo admisible legalmente favorezca más al predisponente.

Para el derecho argentino resultaron muy importantes —y en buena medida precursoras— las "recomendaciones" de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en La Plata, en 1981, en cuanto declararon que: "D. Las condiciones generales (abusivas) no derogan los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas". Ese derecho dispositivo ofrece un camino a la integración justa más razonable que la técnica antes aludida. La doctrina mayoritaria precisa que "la reducción conduce a resultados diferentes a los que lleva la aplicación del derecho dispositivo". Por derecho dispositivo debe entenderse la regulación general de los contratos, las normas generales sobre obligaciones y la regulación específica sobre contratos típicos. De allí su importancia en el tema que nos ocupa, como "régimen sustitutivo de las condiciones generales".

Sin embargo, la doctrina moderna, particularmente la alemana, trata de determinar los supuestos en que es lícito prescindir del derecho dispositivo como fuente primaria de integración, porque existen datos en el contrato concreto que indican que no se corresponde con las expectativas normativas de las partes. Quede claro que se alude a las partes, a ambas, y que estamos frente a contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas, con una "voluntad fuerte", la del predisponente, y otra "voluntad débil", la del adherente. De donde esos "datos" no serán fáciles de encontrar ni de interpretación sencilla. Recuérdese que partimos de una "nulidad parcial" por incompatibilidad con el orden jurídico imperativo...

Y, finalmente, encontramos en la buena fe, básicamente objetiva, y en los deberes que ella engendra, con base en su poder jurígeno, el principio o norma abierta, por su indeterminación esencial, fundamental para conciliar el arte de juzgar con la necesaria discreción. La actuación de la buena fe como criterio integrador se realiza a través de la creación

de especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella, al decir de Díez-Picazo.

Nos parece, para concluir, que así deben pensar "los jueces que piensan", conscientes de cumplir en el arte de juzgar una "función creadora", al decir de Mauro Cappelletti, no divorciada de las virtudes de prudencia y equidad.

Creemos en el "desarrollo judicial del Derecho", en el llamado "derecho judicial", sea que se aplique el "método del legislador" para desarrollar el Derecho dispositivo, sea que se opte por el método casuístico, frente a supuestos atípicos, estableciendo una regulación adaptada a las peculiaridades del caso.

El pensamiento del Profesor Guido Alpa, relator por Italia del tema propuesto, aparece muy bien expresado en su trabajo sobre "I valori nel diritto contrattuale", publicado en *Rivista Critica del Diritto Privato*, septiembre de 1990, páginas 661 y subsiguientes; allí expresa que el control sobre el contenido del contrato es una realidad presente en los días actuales, que se hace notar incluso en Inglaterra, "una de las rocas fuertes del principio de libertad contractual", donde asume cada vez mayor prestigio la técnica de la construcción sobre el fundamento de la buena fe, que sirve a una interpretación integradora e incide directamente sobre la libertad negocial. Ello ocurre frente a la oposición de los "voluntaristas" que quieren reducir su intervención y aceptarla apenas para la integración del contrato "de acuerdo con aquello que fuera propuesto por las partes". Pero no ocurre así: la utilización de la cláusula de buena fe implica la creación de una norma "para el caso", conforme con los datos objetivos que ella misma ofrece, atendiendo a la realidad social y económica en que el contrato opera, aunque por esa vía salga del "círculo de la voluntad".

LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL DERECHO PERSONALÍSIMO DE LOS DATOS PERSONALES

SANTOS CIPUENTES

I. LOS REGISTROS INFORMÁTICOS

Vale la pena insistir sobre el porqué de la actual preocupación en tutelar los datos personales, en una cruzada de los pensadores que todavía no arraiga en el legislador ni en la jurisprudencia de nuestro país, no obstante que esa tutela es *in receptum* en otros Estados y regiones, así como en convenciones, acuerdos y tratados. Quizá pueda decirse que la llamada "globalización" con sus polos regionales, que abarca no solamente el flujo y reflujo de capitales, de intercambios financieros, transferencias y emprendimientos comerciales, las políticas económicas fiscales y mercantiles, sino también la transmisión de informaciones y de datos, muchos de los cuales son de las personas, sus cualidades y proyectos de vida y, desde ya, de sus patrimonios, desnuda un aspecto del ser en el que se pone en veremos la dignidad como valor sustancial y los derechos que de ella provienen¹. El bienvenido —por ser una herramienta del progreso en el conocimiento— *internet*, es la muestra irrecusable de esa "globalización" de la noticia, al que seguramente seguirán otros adelantos puestos también al servicio de la información. Vale decir que las informaciones y los datos se han vuelto, enhorabuena, de todos y para todos, pero entonces debemos fortalecer dicha dignidad humana frente a la expansión informativa que está en condiciones de jaquearla, hasta el extremo de poner a disposición de la persona toda clase de herramientas jurídicas, procesales y

¹ Sobre este tema de la dignidad humana como valor que da fundamento a los derechos personalísimos, me he expresado en "Derecho personalísimo a los datos personales", L.L., 1987-B-1323, trabajo al que me remito.

sustanciales que prevengan y restañen, si es necesario, los perjuicios ocasionados en el uso de tales medios.

¿Por qué antes de la informática semejante reacción defensiva no había aparecido en los anales de los derechos en juego con la peripaciencia y alarma de esta hora? Registros hubo desde hace tiempo en el mundo del papel, el cartón, la ficha y los libros. Errores y comunicaciones fuera de lugar también los hubo. Inscripciones antojadizas, perniciosas, de datos íntimos y que hoy se llaman "sensibles", sin control especial salvo los comunes resguardos que no trascendían, fueron de siempre y de todos los días. Los registros civiles, los prontuarios policiales, las historias clínicas, los libros de los dispensarios, sanatorios, morgues y neuropsiquiátricos, de las parroquias, de los registros de propiedad, los protocolos notariales, el ordenamiento de las entradas de las demandas en tribunales de primera y de segunda instancia, los archivos de los expedientes judiciales, las fichas crediticias y bancarias, guardaban los mismos datos que hoy nos alarma que estén en las memorias computarizadas, datos que a la postre se refieren a la persona en sus múltiples actos, estados, circunstancias y situaciones. Piénsese en dichos archivos judiciales, en donde se guardaban y se guardan, desde la más abstracta información sumaria u objetiva acción ejecutiva, hasta los muy sensibles conflictos de familia, la investigación de los delitos contra las personas, etcétera, etcétera. Entonces... ¿por qué ahora y hace apenas pocos años no?

Esta pregunta permite hacer algún tipo de comparaciones. Así, antes de la fotografía, ese invento de finales del siglo xix, nadie se preocupó por el amparo especial de la imagen de la persona. Había dibujantes, retratistas, caricaturistas, hasta imprenteros gráficos que bien podían manipular la imagen ajena y actores que la imitaban y recreaban en el teatro. Fue necesario captar la peligrosidad de la impresión automática, rápida y fidelísima producida por la máquina fotográfica para que apareciera el "derecho a la imagen" y toda la discusión que en su entorno se produjo, desde la polémica sobre su naturaleza jurídica, derechos del fotógrafo y del fotografiado, hasta los medios de protección admisibles.

Lo mismo ocurrió con la vida privada. La diaria difusión masiva de los periódicos de noticias, puso en la mesa de las elocubraciones, de Brandeis en adelante, la construcción del "right of privacy" o "derecho a la privacidad", que es nuestro "derecho a la intimidad", no obstante que vida privada siempre existió y la intrusión fue posible desde que el hombre es hombre. Naturalmente que esto después se hizo más que evidente con el cinematógrafo, la radio y la televisión. Y aparece últimamente a la vera de aquellos dos derechos que pueden decirse, junto con el del honor, ya clásicos, el "derecho a la identidad", para tutelar a través de la acción del afectado, no solo dichas manifestaciones de la persona, sino también la del perfil verídico, subjetivamente verídico, de la personalidad política, religiosa, profesional, filosófica, familiar, etcétera, de cada uno.

La informática con sus bases de datos abre un panorama y ensancha una brecha que no es la de la imagen, la intimidad, la identidad. No sólo se trata de la transmisión masiva de aquellos datos, sino de la celeridad por segundos en su recolección; la formación de un todo interrelacionado, en el sentido de que una persona puede estar virtualmente presentada al unirse la integridad de sus datos, que antes se asentaban dispersamente en inconectados registros distanciados por su incomunicación entre sí; prefigurar al ser humano al reunir de una sola vez sus sentimientos, figura y circunstancias personales y económicas, mostrándolo en forma instantánea aquí y en muchos lugares; abarcar los tres tiempos sin mayores problemas, es decir el pasado, el fugaz presente y el posible futuro; perpetuar en todos los ámbitos con el silicio de las computadoras datos verídicos y erróneos, creados por la sola fantasía y reales. La creación de la realidad virtual de los hombres y de los grupos, atendiendo a sus gustos, dolencias, inclinaciones, hábitos, puede ser devastadora, cierta, mentas y erróneas, instrumento de un sojuzgamiento como antecesa de la esclavitud.

No voy a repetir todas las combinaciones y peligros que esas bases de datos puedan representar para las personas. Me remito a lecciones que otras publicaciones nos han dado y en donde pueden encontrarse². Pero me parece de primera línea resaltar que ciclicamente y a medida que se avanza en la ciencia, surgen peligros que tienen aristas propias y que nos llevan a emplear a fondo nuestra imaginación para enfrentarlos, sin recurrir al simple e inútil propósito de tratar de suprimir esos avances, de evitarlos o de desmerecerlos en lo que realmente valen.

II. LA BASE DE DATOS PERSONALES, UN DERECHO PERSONALÍSIMO PROPIO Y NUEVO

La recordación que antecede acerca de la imagen, la intimidad e identidad, me pone en la necesidad de explicarme.

Dentro de la bibliografía jurídica de los derechos que comúnmente se llaman de la personalidad o personalísimos, se ha dejado de hablar de

² Pavlinda, Carlos A., *Datos en la Actividad Judicial e Informativa desde la Responsabilidad Profesional*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 251; Borda, Alejandro, "Responsabilidad extrac contractual por datos informáticos en las Jornadas en Homenaje a Jorge Bustamante Alena", F.D., 139-906; Lasserre de Hank, María Eugenia, "La intrusión a la intimidad a través de la informática", J.A., 1989-II-916; Aron de Glirberg, Gloria H., "Intrusión a la intimidad a través de la informática y los medios masivos de comunicación", L.L., Actualidad, 23-KI-1989; Rubincovich-Berkman, Ricardo, *Cuestiones Actuales en Derecho Personalísimo*, Dunken, Buenos Aires, 1993, págs. 135, 163 y otros; mis artículos en L.L., 1995-E-293 y 1997-E-1323, entre muchos otros trabajos y ponencias.

un "derecho general de la personalidad", figura que era cara a la teoría alemana de la primera época de la Constitución de Alemania Federal de 1949³, desde la cual habrían de desgajarse diversas facultades del individuo estrechamente vinculadas con su cuerpo y espíritu. Casi sin disidencias se consideran ahora los plurales derechos subjetivos privados personalísimos (dejo de lado los "derechos humanos" que representan una generalización, dentro de la cual puede ubicarse la especie de los personalísimos), clasificados y enunciados no de un modo cerrado y taxativo, sino como manifestaciones de las personas que dan cabida a otras, a medida que se vayan presentando las condiciones de su reconocimiento⁴. Junto con Ricardo Rabinovich-Berkman pensamos que le ha llegado el turno a los datos personales⁵. Que se levanta aquí un nuevo derecho dentro del área de la integridad espiritual, enraizado según aquél en el artículo 18 de la Constitución en cuanto protege a los escritos privados, y, por mi parte, como derecho no enunciado (art. 33) que deriva del valor dignidad.

Reúne este derecho los caracteres de los personalísimos, por ser innato, inherente, necesario, esencial, privado, vitalicio, de objeto interior, relativamente disponible y autónomo. Este último aspecto de su estructura me lleva a diferenciarlo de los ya admitidos y que suelen estar muy cerca unos de otros en la esfera del espíritu.

Derecho innato porque desde el comienzo de la existencia y por el solo hecho de empezar a ser, los datos en nuestras sociedades gregarias se hacen presentes (así el dato filiatorio, los resultados de las ecografías, historias clínicas durante el embarazo en las maternidades, las impresiones plantares, las inscripciones sanatoriales y después las de los registros). **Inherente** porque por su ligazón con el individuo son elementos propios de la persona e intransmisibles por herencia. **Necesario** pues debido al carácter social del ser humano, que bien se ha dicho que es un ente existencial y coexistencial (Fernández Sessarego), no pueden faltar esos datos desde el principio y en casi todas las etapas de su vida. **Esencial** y **privado** por su importancia y su raíz individual que atañen principalmente al individuo, aun cuando estén en juego intereses públicos en muchos de ellos. **Vitalicio** al transcurrir el conjunto durante la vida, aunque después de la muerte queden efectos de proyección (eso ocurre

³ Concepto que enseñaba incluso Larsen, Karl, "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1963, pág. 14, y *Derecho Civil. Parte General*, págs. 157, 274 y sigs.

⁴ Sobre la pluralidad de derechos de esta índole ver Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la Identidad Personal*, Astres, Buenos Aires, 1992, pág. 27.

⁵ Rabinovich-Berkman, R., op. cit., págs. 135 y sigs. y Cifuentes, S., "Derecho...". cit., t. I., 1997-D-1323.

con el honor, la imagen, la identidad). De objeto inferior, debido a que los datos, como la imagen, aunque se instalen afuera y se inscriban exteriormente, se relacionan con el sujeto y son sobre el sí mismo, no con carácter de alteridad con otros y frente a otros. Relativamente disponibles al no poder disponerse más que en ajustada medida y algunos aspectos de los datos, modificando el individuo sólo parcialmente su destino. Así por ejemplo renunciando a defenderse de ciertas publicidades o admitiendo el dato erróneo sin protesta, por cuanto si sólo está afectado su interés sería renuncia parcial válida. No puede confundirse con el derecho a la imagen, por cuanto con éste se protege la captación y difusión de la figura individual y sus manifestaciones representativas (incluida la voz). Los datos personales no sólo nuclea muchas otras manifestaciones que no son la imagen, sino que debe protegerse, además de la reserva, la exactitud frente al dato inexacto, captado y expandido intencional o erróneamente. En el fondo puede decirse metafóricamente que es una imagen diversificada, compleja y unitaria de la persona que encierra también lo íntimo y la identidad del sujeto. Se faculta al titular a impedir o no su difusión, y también a reclamar el resarcimiento por la publicación y comunicación no consentida, aunque fuera mera información privada y de persona a persona, especialmente la de los datos sensibles y que están en el área de la confidencialidad, haya o no veracidad en esos datos a desactivar la registración innecesaria no querida y, en ciertos casos, tiene que aceptar la inscripción en registros públicos (no públicos para la publicación en masa, pero sí públicos para lo específicos del conocimiento a interesados directos), pero que no se altere la finalidad de su creación dañando a la persona, ni se publiquen fuera de lo que marca la ley; el bien de la imagen no puede ser ignorado por el titular desde que lo tiene en sí y ante sí, mientras que los datos pueden estar archivados sin que aquél se entere y, entonces, debe poder acceder a la base para conocerlos y controlarlos.

La privacidad no es el único aspecto de la protección frente a la informática. Hay datos no íntimos que deben ser protegidos. Puede también haber falsedad en la base de datos y el amparo requiere que se corrijan, que se saneen esas registraciones. La vida privada se construye con verdades propias que se quieren guardar frente a terceros. La base de datos puede tener verdades o mentiras y, en todo caso, nace el derecho del titular, por ejemplo, si están guardados sin su consentimiento, sea en registros públicos o privados. La intimidad no se actualiza ni requiere que se lo haga, mientras que las bases de datos deben actualizarse para evitar que el pasado, ya sin efecto frente a la actual personalidad del sujeto, reviva y se convierta en un presunto hecho actual dañoso o bien engañoso. Hay pues distancia entre estos dos derechos, por cuanto captan diferentes facetas personales.

En lo que hace al derecho a la identidad, éste se presenta frente a la tergiversación, la falsedad y la desnaturalización. La publicación de la iden-

tividad real no lesiona ese derecho, a diferencia de la difusión de la imagen no consentida que ofende aunque sea la verdadera y real imagen de la persona. Los datos pueden ser ciertos, pero como la imagen y la privacidad, deben poder tutelarse muchas veces por la inconsulta e ilegítima difusión, especialmente de los que son sensibles. Si hay datos que ya no deben estar en la base, que se los cancele y se impida toda comunicación al exterior.

La conformación, pues, de los elementos que caracterizan los datos personales no tiene similitudes con cualquiera de esos otros derechos personalísimos. Y tampoco son iguales las defensas y reclamos. No se olvide lo dicho acerca de que la base de datos puede implicar no sólo el aspecto de la persona, sino la personalidad unitaria, íntegra y virtual, dado que basta el entrecruzamiento del conjunto de datos de una persona para construir lo que es, sea por sus negocios, familia, salud y proyecciones individuales y sociales.

Finalmente, si la Constitución en el artículo 43 ha creado la defensa procesal de *habeas data*, es porque en la sustancia de lo amparado se avizora un derecho del individuo que mueve a considerarlo en especial. El *habeas corpus* ampara la libertad corporal; el *habeas data* los datos personales como entidad específica que se quiere particularmente, y lejos de toda mezcla, resguardar. En el traslado de lo adjetivo de la norma, aparece la sustancia de un derecho nuevo, hoy universalmente considerado como digno de tutela.

III. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA NUEVA FIGURA

Si se admite que en la entretela íntima del *habeas data* se perfigura con sus elementos la estructura de un ser protegible, formando parte de los derechos personalísimos no expresamente enunciados pero que se fundamentan en el valor de la dignidad humana, y se comprende que no es posible confundir esa entidad sustancial con las otras ya consagradas por la teoría primero, la práctica después y la norma finalmente, habrá que sostener que no sólo el amparo del *habeas data*, medida procesal limitada y cercada por pautas muy estrechas, es arma legítima para salir en defensa de los datos de la persona. Ese ente jurídico ligado a ella encarnadamente desde que la representa en su matriz virtual, puede ofenderse con el manejo y almacenamiento de lo más entrañable del ser mismo, por lo que debe gozar el titular de todos los medios de defensa y sanción posterior, a la par de los otros derechos subjetivos personalísimos.

En este sentido ha de abrirse el abanico de los medios procesales y sustanciales, ya sea a través del acotado *habeas data* o de otras medidas precautorias que anuncian un juicio de conocimiento posterior, pudiendo acudir a las acciones de cese o abstención, a las inhibitorias comunes, y

bien a las acciones resarcitorias correspondientes cuando se ha producido el daño.

Así, pongo por caso, que si la jurisprudencia rechaza el amparo específico del hábeas data frente a la difusión de datos patrimoniales u obligacionales que, con verdadero afán de lucro, una persona vende y por medio de tal comercio produce daños de cualquier tipo o carácter, la acción pertinente debe estar abierta adjetivamente, más allá del artículo 43 de la Constitución y de la interpretación retaceante de la jurisprudencia, tal como hasta la fecha se ha dado respecto del hábeas data.

Debe pensarse legítimamente que con los datos personales se proyecta toda la gama de medidas tutelares, como las que se tienen con el honor, la imagen, la intimidad y la identidad. Pero respecto de aquéllos, si se han cumplido las exigencias que la Constitución impone, según repite, esa interpretación retaceante que personalmente no acompaña⁶, hay que convenir que se agrega un medio nuevo de defensa y protección sustentado en el artículo 43 de la Constitución.

El artículo 43 agrega, no suprime. El artículo 43 es una medida rápida y expeditiva que no inhibe al interesado para proponer que se tomen otras de diferente factura pero que son comunes a los derechos personalísimos, bastando que se comprueben los elementos comunes de las responsabilidades respecto del resarcimiento. Dado que se trata de una actividad riesgosa, establecida la relación de causalidad, el factor de atribución es objetivo, aplicándose el artículo 1113 del Código Civil⁷. El daño puede ser material, o también y principalmente moral, al tratarse de un derecho extrapatrimonial. Para el cese y abstención se impone la prueba de la acción perturbadora del tercero y su negativa a restaurar el derecho violado; para la inhibición, las serias amenazas y la próxima consumación del daño. Inclusive sería del caso admitir las medidas cautelares que se adelantan a una acción reparadora, y hasta las innovativas o autosatisfactivas si se cumplen las condiciones de estos remedios preventivos.

Desde luego que el afectado es el que elige el camino a seguir para la defensa de su derecho, defensa de la que no descarta la publicidad de la

⁶ Fallos de interpretación restrictiva que han rechazado el hábeas data: CNCiv., Sala C, 10-V-1996, J.A., 197-1-26, con nota de Palazzi, Pablo A., "El hábeas data y el derecho al olvido", *id.*, Sala M, 28-XI-1995, J.A., 1997-1-42; CNCCom., Sala C, 8-IX-1996, E.D., 173-88, con nota de Lorente, Javier Armando - Truffat, Eduardo Daniel, "El derecho a la exactitud de la información y el crédito", CNCiv., Sala A, 8-IX-1997, E.D., 174-680; CNCCom., Sala B, 4-VII-1997, L.L., 1997-F-772; CNCiv., Sala A, 8-IX-1997, L.L., 1998-B-3.

⁷ Parellada, C. A., *op. cit.*, pág. 257; Barón, A., *op. cit.*, pág. 326; Aguilón, María M. - Beragino, Juan C. - Mesa, Jorge A., "Responsabilidad civil por daños causados por el procesamiento electrónico de datos personales", J.A., 1991-3-878; Gianfelice, Mario C., "Responsabilidad civil emergente de la informática", L.L., 1987-D-1188; Stigitz, Gabriel A. - Stigitz, Rosana M., "Responsabilidad civil por daños derivados de la informática", L.L., 1987-E-785.

sentencia por analogía con el artículo 1071 bis del Código Civil, según sea pertinente para una verdadera reposición del derecho violado.

Por otra parte este reconocimiento del derecho personalísimo a los datos personales, a medida que se avanza en la intercomunicación, se va captando como una realidad indispensable. Debemos, pues, los estudiosos del Derecho avizorar de qué manera vamos a precavernos del avasallamiento. Y no parece desacertado poner el centro de la cuestión en la admisión de una figura proteccional que levante las barreras de la incompreensión presente, sobre todo estimando que el derecho de daños está centrado en la protección de las víctimas. Si hemos trasvasado las concepciones preferenciales del mundo de lo patrimonial al mundo de lo personal como meta del orden jurídico, he aquí un nuevo hito en ese entramado de preocupaciones actuales y venideras.

El Estado, por otra parte, debe actuar efectivamente. No sólo, en nuestro caso, está retrasado en la reglamentación del artículo 43 de la Constitución, lo que es de esperar se haga con amplitud de miras y no solamente atendiendo a intereses particulares y áridas posiciones lucrativas, sino que debería pensarse en poner límites o por lo menos reglas a las entidades que aglutinan y manejan los datos públicos y privados, haciendo de ese manejo un comercio peligrosísimo y avasallador. Se ha pensado, y acompaño la idea, que debiera haber un registro de bancos de datos, donde tendrían que inscribirse aquellas entidades públicas y privadas que almacenan datos personales de toda índole, como si se tratara de un banco de datos de los bancos de datos, con el fin de que las personas tengan un medio seguro de conocer en dónde y de qué modo están asentados sus registros, impidiendo que la gran dispersión de ellos dificulte la defensa de los derechos en el control y rescate de los que nos concierne⁸. Quizá la imagen de las novelas 1984 de Orwell y de *Un Mundo Feliz* de Aldous Huxley, entre otras expresiones literarias de la posible opresión de los que ejercen el poder sobre los humanos, nos muestren la necesidad de instrumentar medios de tal índole. Sería un modo de proteger la igualdad, pues se advierte una gran disparidad de situaciones entre los que poseen o tienen acceso al poder informático y los que se hallan marginados de su disfrute⁹.

En suma y conclusión, aun forzando la estructura clásica de las figuras conocidas, viene a ser legítimo arribar a metas de clara raigambre proteccional de este desvalido ser humano individual de la hora actual.

⁸ Rubinovitch-Berkman, R., op. cit., pág. 135.

⁹ Pérez Lajo, Antonio E., "Las generaciones de los derechos humanos", en "Diálogo con la jurisprudencia", *Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial*, año 1, no. 1, Gaceta Jurídica, Miraflores, 1995, Perú, pag. 378.

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LOS SERVICIOS DE SALUD

RICARDO LORENZETTI

Nuestro propósito es mostrar los cambios de paradigmas que se producen en relación a la precomprensión normativa de los servicios de salud. Recorreremos nuestro camino a través de problemas, o temas que son los que se constituyen en ejes alrededor de los cuales se produce la mutación. En primer lugar veremos el cambio de escenario en el debate, pasando de lo público-privado al eje ciudadano-prestador. Veremos entonces cómo el derecho constitucional aporta los derechos del ciudadano a la salud y su impacto en la regulación de los servicios, en especial, en los contratos. Luego esbozaremos los lineamientos que adquiere el sector a partir de los prestadores, con el surgimiento de las redes entrelazadas y sus particularidades. Seguidamente, la duración del vínculo en el tiempo, que es un elemento de radical importancia para la regulación, será motivo de análisis. *A posteriori*, consumidor de servicios será el protagonista, y estudiaremos las cláusulas abusivas. Finalmente, haremos un breve desarrollo sobre la responsabilidad civil.

I. LOS SERVICIOS DE SALUD EN LA PERSPECTIVA DEL CIUDADANO

En los últimos cincuenta años se ha discutido si el servicio de salud debe ser público o privado. Gran parte de este debate se ha centrado en el rol que corresponde a la empresa privada, y al tipo de bienes que pueden ser sometidos al mercado. Se trata de un problema de asignación de recursos y de derecho público, en el que están implicados la organización económica y de la salud.

La aparición de la figura del consumidor ha aportado un nuevo punto de vista: las expectativas que debe cumplir el servicio. De este modo, se estudia la relación jurídica entre el prestador, sea estatal o privado, y los

consumidores. A diferencia del enfoque anterior, se incluye aquí el derecho privado, la relación jurídica y los derechos y deberes implicados en ella.

Para completar nuestra perspectiva metodológica, debemos tener en cuenta que el derecho privado muestra una estrecha relación con la Constitución, lo que nos lleva a hablar de un derecho civil constitucional. Por ello, para estudiar el vínculo que se establece entre el paciente y el prestador de salud, debemos afirmar que no se trata sólo de una relación de derecho administrativo o meramente contractual, ya que la misma involucra el derecho a las prestaciones de salud, de rango constitucional.

No se trata sólo de un debate entre el sector público o privado, sino de la incorporación de la perspectiva del ciudadano común y sus expectativas y necesidades.

Siguiendo estos lineamientos comenzaremos mostrando los servicios de salud como una manera de satisfacer las demandas de los ciudadanos y en especial, su derecho a las prestaciones de salud.

II. EL CIUDADANO: EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DE SALUD

I. Existencia de un derecho a las prestaciones de salud

Dentro del tratamiento normativo de la salud, podemos distinguir:

- las normas que tratan la salud como bien jurídico público, atinentes a la regulación de la salud pública.
- las normas que tratan la salud como bien jurídico privada, y que otorgan acciones preventivas e indemnizatorias frente a la lesión a la integridad física.
- las normas que tratan a la salud como principio jurídico y como valor, a los fines de ser utilizado como criterio de decisión en conflictos jurídico-privados.
- las normas que confieren al ciudadano un derecho a las prestaciones de salud.

Este último aspecto es el que se vincula con los servicios.

En Argentina, el derecho a las prestaciones de salud está reconocido en la Constitución, en la legislación infraconstitucional, en las leyes 23.660 y 23.661, que establecen el Sistema Nacional de Salud.

En Brasil, la Constitución establece dentro del Capítulo II referido a los derechos sociales, en su artículo 6º, el derecho a la salud. Luego, al tratar la seguridad social, se refiere a la salud como el derecho de todos y el deber del Estado, garantido mediante políticas sociales y económicas para reducir el riesgo de la enfermedad, con un acceso universal e igualitario (art. 196). El Código de Defensa del Consumidor prevé entre los derechos básicos, el referido a la salud (art. 6º, ley 8078). Conforme a

esas disposiciones se establece que la salud es un derecho y un deber, y que existe una garantía a través de las políticas sociales y económicas (art. 186, Const. Nac.).

De manera que podemos afirmar que existe un derecho a la salud de rango constitucional. Seguidamente estudiaremos en qué consiste.

2. Calificación del contenido del derecho

En el caso del derecho a las prestaciones de salud tenemos que:

- es un derecho de operatividad indirecta que produce en el Congreso de la Nación una obligación de garantizar el ejercicio "real" (art. 75).
- que el contenido de ese derecho es una pretensión procedimental para que el legislador organice un sistema de salud (pretensión jurídico-procedimental), con un grado de satisfacción mínimo.
- que se trata de servicios médicos (ley 23.661).

El derecho a las prestaciones de salud no confiere una pretensión relativa al otorgamiento de todas las prestaciones que un ciudadano necesita o desea (goce directo) sino la organización de un sistema de prestaciones. Es el legislador quien debe decidir el grado de satisfacción del derecho constitucional.

En este sentido, el legislador puede establecer un sistema público o privado, y dar a los ciudadanos la totalidad de las prestaciones que necesitan o hacerlo en forma limitada. Esta última es la solución adoptada en la mayoría de los ordenamientos, principalmente en los que tienen un sector privado.

El problema central es determinar si en este último caso hay un piso mínimo que debe garantizar. Siendo la salud un bien público y esencial para el desempeño del individuo en sociedad, habrá que fijar algunos mínimos.

En Argentina, el Estado ha creado el Sistema Nacional Integrado de Salud "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país" (ley 23.661). Por ley 24.455 y su decreto reglamentario 580/95 se dispone que deben incorporarse como prestaciones mínimas obligatorias la cobertura de tratamientos médico, psicológico, farmacológico, de las personas infectadas por los retrovirus humanos, abarcando a los que padecen del virus HIV y programas de drogadicción. Finalmente, a través de la ley 24.754 se dispuso un mínimo de prestaciones obligatorias para las empresas de medicina prepaga.

Examinando estas normas tenemos que:

- Establece un derecho a las prestaciones de salud.
- Fija un límite a su ejercicio en relación a la calidad disponible (desarrollo progresivo en relación a los recursos).
- Otorga una garantía mínima al mismo tipo de prestación.

- Rigen los principios de justicia distributiva.

De modo que hay que distinguir:

- El derecho fundamental a las prestaciones de salud.
- El ejercicio de ese derecho.
- La garantía otorgada.

Las garantías son mínimas porque se trata de asegurar a un grupo la provisión de un bien mediante la imposición general y para ello se busca un nivel de optimización entre la garantía y la carga que significa. Afectan a los terceros porque requieren la imposición de contribuciones, pero deben sujetarse al principio constitucional de igualdad en la imposición de las cargas públicas.

3. El principio igualitario en las garantías

En cuanto a la garantía, corresponde señalar que está calificada por el principio de igualdad para todos los ciudadanos que se encuentran en una misma categoría identificada por el legislador. El derecho a las prestaciones de salud debe ser igual para todos según lo dispone el artículo 1° de la ley 23.661, en tanto crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud "a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país", siendo uno de sus objetivos el otorgar prestaciones "igualitarias".

La ley establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo a las modalidades de contratación (art. 27), razón por la cual puede haber distintos tipos de niveles de prestación. De hecho así sucede, puesto que lo propio del contrato es adjudicar recursos mediante las reglas del mercado.

El principio igualitario se manifiesta en el nivel de garantía mínima y en el acceso.

4. Aplicación de las garantías al contrato

En el contrato rige la justicia conmutativa, la correspondencia de las prestaciones, y no es posible dar a todos algo igualitario por la vía de los contratos que es, esencialmente diversa. El contrato opera dentro del mercado y las garantías sustantivas de bienes fundamentales son justamente excepciones.

En el caso del derecho a las prestaciones de salud, se registran casos en que la normativa contractual es modificada por aplicación de este derecho. Ello sucede cuando la negativa a dar prestaciones médicas pone en peligro la vida o la salud de la persona, es decir, cuando queda definido un conflicto entre un bien patrimonial y otro extrapatrimonial, con peligro de una afectación definitiva de este último.

En un caso fallado en Argentina² los actores demandan a Programa de Salud S.A. indicando que eran beneficiarios del sistema de medicina prepaga administrado por la demandada y que esta última dispuso la rescisión unilateral e intempestiva del contrato, con la consiguiente interrupción de la prestación. La determinación de la empresa habría sido tomada porque uno de los miembros del grupo familiar padecía de delicados problemas de salud.

El juez de primera instancia ordenó como medida cautelar innovativa que la demandada restableciera al paciente en su calidad de beneficiario de la cobertura. En la sentencia calificó que la rescisión era intempestiva, incausada y ponía al paciente en una situación delicada, ya que otras entidades de medicina prepaga le imponían un período de carencia para admitirlo, razón por la cual quedaba de hecho sin atención. El juez calificó a la cláusula como abusiva.

En la sentencia de primera instancia se rechaza la pretensión indemnizatoria del daño moral deducida por la actora, la que va en queja a la Cámara. En el tribunal de alzada se sostiene que la sola determinación de rescindir el contrato, con la consiguiente interrupción de la cobertura médica, pudo provocar en los actores un estado de angustia e incertidumbre, agravado por la circunstancia de que uno de ellos padecía de una enfermedad crónica. A ello cabe agregar que la comunicación se dirigió dos días antes y fue recibida el mismo día en que la empresa otorgaba efectos rescisorios a su acto.

La Cámara hace lugar a la pretensión de reparación del daño moral.

Se advierte con claridad que la decisión de receso unilateral que estaba autorizada contractualmente, es descalificada porque su uso pone en riesgo la vida de una persona, al privarla de prestaciones médicas.

III. LOS PRESTADORES: LAS REDES DE PRESTACIÓN

1. Multiplicidad de roles

Hay una multiplicidad de figuras que se deben distinguirse dentro del genéricamente denominado "prestador de servicios de salud":

- *Prestadores indirectos*: las obras sociales, la medicina prepaga, el seguro de salud, son empresas que recaudan el dinero que aportan los afiliados y luego contratan con la clínica que presta directamente el servicio. Si bien muchos de ellas son dueños de clínicas y prestan servicios médicos, lo propio y característico de estas formas organizativas, es el financiamiento y no la prestación médica.

² CNCam., Sala C., "H. M. y otros c/Programa de Salud S.A.", L.L., 30-X-1996.

- *Prestadores directos*: en estos casos, el objeto de la empresa es una obligación de hacer, consistente en la prestación de servicios médicos a terceros. Son los sanatorios y clínicas que prestan servicios a través de médicos que contratan.

- *Profesionales individuales asociados*: En este caso, se trata de prestadores directos ya que dan servicios a los pacientes. Sin embargo, normalmente, actúan dentro de la empresa médica: médicos dependientes, equipos médicos.

- *Empresas médicas especializadas*: algunas empresas médicas son subtipos, en tanto presentan algunas particularidades que no exhiben las demás. Tal es el caso de las que se dedican a la internación psiquiátrica, geriátrica, las que proveen medicamentos.

- *Redes de prestadores*: la organización compleja entre los modos de financiamiento y de prestación médica, funciona en forma de redes, que denominamos "redes contractuales conexas".

El problema, en principio, es cuál "vinculiza" mejor que todo el conjunto entre el contrato de asistencia médica directa y el que lo hace indirectamente a través del financiamiento, siendo estos últimos los denominados seguros de salud. A ellos se les aplica el régimen general de seguros decreto 73466, artículos 129-135. También para Orlando Gómez son seguros de salud, porque tienden a cubrir el riesgo de la dolencia, con pago de expensas hospitalarias y reembolsos de honorarios médicos², adoptando el mismo criterio de distinción.

Es aceptado entonces que hay prestadores directos e indirectos. Sin embargo, nuestro interés está puesto en señalar el fenómeno que surge de la interrelación de todos ellos y su funcionamiento en redes.

2. Las redes de prestación: vinculación entre contrato y sistema

Un sistema es un conjunto de partes interdependientes, de modo tal que una de ellas no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Cuando hay un "sistema de contratos" ocurre exactamente lo mismo, de modo que hay un problema de convivencia; son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona ninguno si el sistema funciona.

Así sucede en el sistema asegurativo, de modo que si se generaliza la falta de pago, o todos los asegurados misenan al contratar ocultando

² Lima Márquez, Claudia, "Abusividade das cláusulas nos contratos de seguro saúde: expectativas legítimas dos consumidores segundo o direito brasileiro", publ. en Congreso Internacional, *La Praxia y el Derecho en el Fin de Siglo*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1998, libro de ponencias.

³ Gómez, Orlando, "Seguro de Salud - regime jurídico", RDP, nro. 76, pág. 250.

enfermedades preexistentes, o todas sobreutilizan las prestaciones, se produce un descalabro. El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema⁴.

El elemento que une a los grupos de contratos puede ser denominado como "conexidad" y sirve para imputar obligaciones de los miembros del sistema entre sí, y de todos ellos frente a los consumidores. Estas obligaciones no tienen su base en un contrato, sino en la conexidad.

No abundaremos en este tema, y mostraremos sólo un aspecto de la cuestión, referido a la causa sistemática. La causa del contrato hace referencia a un equilibrio entre las obligaciones reciprocas, la causa sistemática alude al fenómeno del equilibrio del sistema de contratos que integran la red.

Las uniones de contratos de este tipo, requieren de una interrelación económica y técnica que debe ser mantenida para su funcionamiento, conformándose el equilibrio objetivo que denominamos causa sistemática. Es incompatible con el mismo, que se impute a la empresa cargas excesivas, que luego volcará sobre los demás contratantes integrantes de la red, como también lo es que la empresa establezca cláusulas abusivas que desequilibren el sistema haciendo que sólo los consumidores soporten los riesgos.

Examinemos el caso tratado en el punto anterior, desde esta perspectiva. La parte actora había celebrado un contrato de medicina prepago. Normalmente transcurre un tiempo inicial de carencia de servicios que es costumbre en la actividad y durante el cual paga pero no recibe nada. Luego del mismo, es habitual que no se requieran grandes gastos al sistema prepago, porque los estudios que se hacen al contratar son bastante rigurosos y es raro que una persona muy enferma sea admitida, si no es a un precio mayor.

Lo cierto es que el solicitante del servicio tiene un tiempo prolongado en el que paga y no recibe servicios. Es el período de mayor rentabilidad de la empresa.

Luego de un tiempo, la persona se enferma. La tendencia se invierte, puesto que la empresa debe comenzar a gastar mucho más dinero del que recibe, por la cuota que va pagando el prestatario.

⁴ Hemos tratado estos temas en *Los Nuevos Fundamentos de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996; "Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades: Tutela del mercado y amparo)", L.L. 1995-E-583; "¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores, o de paquetes de negocios (aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)", L.L., 1995-E-1013; "Contratos modernos: conceptos modernos? Nuevas perspectivas de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad", L.L. 1998-E-831.

Como puede advertirse claramente, las curvas de la utilidad marginal son inversas como sucede habitualmente en los contratos de duración.

La empresa percibe una masa de dinero aportada por un grupo, y sólo una parte de ellos gasta, de modo que si se mantiene este equilibrio, puede pagarle a los enfermos, soportar sus gastos y obtener una ganancia. El cálculo probabilístico es el que posibilita este funcionamiento.

El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal ese cálculo, en administrar mejor o peor, en el modo de selección de su cartera, en la diversificación de riesgos. La empresa puede disminuir esos riesgos o aumentarlos, según sea más o menos serio, más o menos eficiente; lo que no puede hacer es trasladarlos.

Si la empresa no disminuye sus riesgos, sino que los traslada a los consumidores, afectará el equilibrio sistemático. Por ejemplo:

- si mantiene el contrato mientras el paciente paga y no gasta, pero si lo rescinde cuando el paciente se enferma, se rompe el equilibrio. Su deber es absorber estos gastos con las provisiones y con compensaciones con los otros adherentes.
- cuando con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar más, la empresa no puede modificar las condiciones. Puede solucionar el problema contratando nuevos adherentes jóvenes que establezcan las compensaciones necesarias dentro del sistema.

Si frente a estas situaciones previsibles no puede reaccionar, es porque hizo mal sus cálculos y debe afrontar ese riesgo empresarial.

La empresa no puede obrar de modo que contradiga esta circularidad de efectos basados en el cálculo probabilístico.

IV. EL TIEMPO: LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

1. *El problema de los contratos de larga duración*

La problemática de los contratos de larga duración ha sorprendido a la doctrina. Los servicios públicos privatizados, los colegios privados, los servicios de salud, los seguros, son vínculos que se extienden en el tiempo.

Relaciones que en otros tiempos eran instantáneas se alangan en el tiempo. La adquisición de bienes industriales se hace a través del *leasing*, lo que transforma progresivamente la adquisición de bienes en una finalidad rentística de larga duración. La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través de la locación o del *leasing*; adquirir una vivienda con un plazo de treinta años para el pago. De igual modo sucede con los círculos de ahorro para la adquisición de bienes determinados.

Vínculos de larga duración que plantean muchos desafíos⁵, sobre los cuales no nos extenderemos sino en lo atinente a nuestro tema.

En la génesis del contrato de medicina prepaga, se acuerda una prestación médica conforme a un determinado nivel de calidad, un listado de médicos, un equipamiento tecnológico determinados, contra el pago de un precio. Con el transcurso del tiempo, que puede significar varios años, lo que era bueno se vuelve antiguo, surgen nuevas tecnologías médicas, los médicos envejecen, surgen otros galenos más especializados o actualizados, las posibilidades de curación se incrementan, aparecen nuevas enfermedades, las expectativas del paciente son otras, los costos ascienden, y el precio que se paga como contraprestación puede ser insuficiente.

¿Cuál es el significado de la regla de inmodificabilidad del objeto y del contenido obligacional?; ¿cómo puede ser mantenida la relación de equivalencia?; ¿cuál es el significado de la equivalencia frente a la incorporación de todos los nuevos factores mencionados?

El tiempo es un elemento que ha modificado sustancialmente el modo de apreciar las obligaciones en la contratación moderna. Los contratos denominados de "larga duración" plantean numerosas cuestiones en lo atinente a su etapa de cumplimiento.

La idea de que en el consentimiento, o en la adhesión a condiciones generales de la contratación, se definen de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes, no puede ser sostenida en este tipo de vínculos.

La primera luz de advertencia, en el derecho argentino, la dio el fenómeno inflacionario, que motivó una trabajosa elaboración en vistas a admitir un reajuste permanente del precio pactado en una moneda sujeta a alteraciones en su valor intrínseco. De ello surgió la conocida aplicación de numerosos institutos destinados a preservar la relación de equivalencia, alterada por circunstancias ajenas a las partes⁶.

A posteriori se percibió que, aunque la moneda permanezca inmutable, son numerosas las circunstancias económicas que varían en un mundo donde imperan lo flexible, el aceleramiento de las innovaciones tecnológicas, las mudanzas en las expectativas de los contratantes y las sorprendentes caducidades de los bienes.

En ese contexto, un contrato de larga duración no es sino un acuerdo provisorio, sometido a permanentes mutaciones. La obligación es conce-

⁵ Una excelente descripción sobre esta temática en Lima Márquez, Claudia, *Contratos no Código de Defensa del Consumidor*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 41.

⁶ *Ampliaciones en Mésset Iturrage, J. - Lorenzetti, E., Derecho Monetario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, y doctrina y jurisprudencia allí citadas.

bida como proceso⁷ como un continuo, desarrollado en el tiempo que todo lo domina.

Por ello Morello indica que el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua⁸.

Frente a este fenómeno surge el dilema de encontrar fórmulas que armonicen la necesidad de adaptación a los cambios, la seguridad jurídica de cara a las modificaciones ulteriores de lo pactado, y la prevención de prácticas abusivas que a través de modificaciones unilaterales alteren la relación de equivalencia.

2. Servicios médicos en contratos de larga duración

La obligación que asume la empresa de medicina prepaga es el suministro de servicios médicos. Esta afirmación es sencilla sólo en apariencia, ya que presenta múltiples problemas referidos a la calidad de los mismos, al mantenimiento de esa calidad en el tiempo, y a la mejora de la misma en relación a los cambios tecnológicos.

Con la finalidad de analizarlos conviene distinguir el momento genético y el funcional. En la génesis del contrato surge una obligación de suministrar determinada calidad de servicios que es la contratada según el plan suscripto. Con el transcurso del tiempo, aparece un problema típico de los contratos de duración, que es el de las modificaciones que se suceden con posterioridad.

En el contenido del objeto contractual, es posible discernir entre las obligaciones nucleares y deberes secundarios de conducta, por lo que trataremos separadamente ambos temas.

Seguidamente veremos algunos problemas que se han generado en relación a la obligación de suministro de asistencia médica.

3. El concepto de calidad y precio en los contratos de larga duración: reciprocidad dinámica

El objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, es perenne frente al paso del tiempo, puesto que el pago de un precio determinado en dinero contra la obtención de una prestación de servicios médicos, es una relación que no se modifica.

Tampoco se modifican las obligaciones de dar una suma de dinero y de hacer, de prestar un servicio.

⁷ Conf. De Couto e Silva, Clovia, *A Obrigação como Processo*, S. Butchinsky, São Paulo, 1976.

⁸ Morello, Augusto, *Contrato y Proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 43 y sigs.

Las alteraciones se producen en el contenido de las obligaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda, y el de los medios que se usan para cumplir con el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos y los demás ya descriptos.

En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

La cuestión relevante no es el cambio en sí, sino su impacto en la relación de equivalencia. Si la empresa dice que hay una nueva enfermedad, o tecnología, o listado de médicos y suministra atención por un nuevo precio, el conflicto se produce porque se afecta la relación precialidad pactada inicialmente.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica, no es conceptual sino relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerla, no es necesario hacer nada más.

En cambio, dar un servicio médico a lo largo de treinta años y pagar el precio correspondiente durante todos los meses en ese período, no es un concepto nítido ni estático. Ya sabemos que es dinámico, porque cambia.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la conmutividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

La empresa no se obliga a mantener la cartilla de médicos, ni a mantener los mismos aparatos de rayos, ni el mismo edificio, sino a dar una prestación de servicios médicos relacionada con el precio pagado.

De tal manera, el contenido de las obligaciones puede ser variado si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada.

4. El concepto de modificación. Análisis de la reciprocidad relacional

A fin de verificar si se está ante una "modificación" hay que establecer lo modificado y la extensión de esa modificación.

En un primer momento, comparativo, corresponde:

- Describir el objeto y el contenido de las obligaciones conforme lo acordaron las partes en el momento genético.

- Detallar las modificaciones que pretenden hacerse de modo comparativo, es decir, indicando que cambian respecto del sinalagma genético.

Efectuada esta comparación, hay que establecer si hay una afectación de la relación de equivalencia. Puede ocurrir que se cambie el listado de médicos por otro de similar nivel científico, o que se cambie el tomógrafo por uno de otra marca, lo cual no impacta en la conmutatividad.

Si en cambio, se verifica que hay un cambio sustancial que altera esa relación, como el cambio de precio, o de calidad, puede suceder que:

- El cambio produce una mejora en la situación de la otra parte: en este caso no hay ilicitud contractual alguna, ya que lo que se considera abusivo es la modificación unilateral en tanto restringe los derechos de los consumidores (art. 37, ley 24.240).

- El cambio empeora la situación de la otra parte: ello puede ocurrir de un modo perceptible, como cuando se cambian el precio o la calidad, o bien de una manera indirecta, como cuando se alteran las obligaciones accesorias o secundarias impactando de esta manera en el resultado final.

5. Adaptabilidad y test de equivalencia

Si una empresa incorpora nuevas tecnologías, el consumidor podría decirle que no puede cambiarle el precio. A la inversa, si el consumidor quiere una adaptación a los cambios, la empresa podría argumentar que no lo hace porque no está dispuesto a cambiar el precio.

Cada uno a su manera pretende resolver la relación de equivalencia a su favor.

Es una tarea compleja el mantenimiento de la ecuación económica que dio origen al vínculo, a lo largo del tiempo. A ello hay que agregarle el cambio permanente de las relaciones de fuerza entre las partes, la mayor o menor competitividad del mercado y las modificaciones en la conducta de las empresas y los consumidores.

Planteado el conflicto, el Derecho debe responder tratando de lograr la adaptabilidad a los cambios en una relación de equivalencia. Ello significa que los cambios, en tanto necesarios y deseados por una de las partes, deben ser incorporados al vínculo.

Tratándose de un vínculo contractual y de base conmutativa, es preciso que esos cambios no alteren la relación de cambio. Por ello, los cambios deben ser incorporados preservando la relación de equivalencia diseñada en la celebración del contrato.

Evaluar esa relación, luego de varios años de desarrollo del vínculo, no es sencillo. Hay dos herramientas:

- Si el cambio es tal que altera la causa del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad, o a la rescisión por parte del consumidor.

- La evaluación puede hacerse a través del *standard* del consumidor medio, examinando si un consumidor de esas características contrataría en las condiciones que se presentan. De tal manera, si la empresa quiere

modificar el vínculo porque ofrece nuevos médicos, otras tecnologías, por un precio distinto a una persona con la que tiene una relación contractual prolongada, puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si un consumidor actual contrataría en esas condiciones.

Pueden adicionarse dos criterios complementarios.

- En Chile⁹ se ha indicado que la facultad de estas empresas de adecuar los contratos de salud a los cambios, no puede ser interpretada de una manera tan amplia que pueda ser en los hechos una sustitución unilateral de un plan por otro, porque se cambian sustancialmente las condiciones del contrato cuya vigencia en el tiempo la propia ley pretende asegurar.

- Otro criterio que agrega la Corte de Santiago es el de la generalidad. Los cambios deben prescindir de las condiciones personales del afiliado y ser generales. No deben ser discriminatorios.

6. *La prohibición de modificación unilateral*

El principio general que rige en el derecho común argentino es que una vez celebrado el contrato, no puede haber una modificación unilateral del objeto, ya que éste debe estar determinado o ser determinable al momento de la celebración. El artículo 1170 del Código Civil establece que "las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse". A su vez, se dispone que la oferta debe tener todos los antecedentes constitutivos de los contratos (art. 1148, Cód. Civ.), por lo que debe tener suficiente determinación, la que al ser aceptada conforma el objeto contractual. También, con referencia al objeto de las obligaciones, se considera que su objeto debe ser determinado o determinable hasta el momento del pago.

El criterio es que el objeto del contrato y de la obligación debe ser determinado o determinable, lo que no se compadece con dejar que una de las partes lo establezca.

En la medicina prepaga, la operación jurídica considerada por las partes, objeto del contrato, es el pago de un precio anticipado a fin de obtener prestaciones médicas adecuadas cuando se produzca la necesidad.

Una de las partes, predisponente, podría incluir una cláusula que lo autorice a modificar unilateralmente el contenido de las obligaciones, como por ejemplo el precio, la calidad, el listado de médicos y otras circunstancias.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, "Promepart c/Superintendencia de Instituciones de Salud", 8-IV-1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Cuarta de los Tribunales*, t. XXII, no. 1, Jurídica de Chile, 1998, pág. 27.

Este problema debe ser analizado con detenimiento.

Cómo regla general, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación, ha sido calificada como abusiva.

Ésta es una constante en el derecho comparado. En la Unión Europea, en la directiva 93-13 se considera abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato, los términos del mismo, o cualquiera de las características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar. También lo es el conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa o el servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (anexo art. 3°, incs. k), l), m)). En la ley portuguesa (dec. 446.85, art. 19, inc. l)), se considera relativamente prohibida la cláusula que autoriza la facultad de modificar prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor solicitadas. La ley brasileña (art. 51, XIII) considera abusiva la cláusula que autoriza a modificar unilateralmente el contenido o la calidad, después de la celebración.

De modo que tanto el objeto como las obligaciones y su contenido son en principio inmodificables unilateralmente.

7. Conclusiones de nuestro análisis

En virtud de las argumentaciones desarrolladas podemos concluir que:

- Tanto el objeto del contrato como las obligaciones y su contenido son en principio inmodificables unilateralmente.
- En los contratos de larga duración, esa inmodificabilidad se refiere a la relación de equivalencia que fundamentó el acuerdo inicial. De tal manera, el contenido de las obligaciones puede ser variado, aun unilateralmente en estos aspectos, si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada.
- La relación de equivalencia puede ser modificada:
 - por mutuo acuerdo.
 - unilateralmente cuando hay circunstancias sobrevinientes extraordinarias e imprevisibles, fuera del alero normal del contrato, que hacen excesivamente onerosa la prestación. Tiene al respecto una pretensión autónoma de revisión o de resolución.
- La cláusula que autoriza la modificación unilateral basada en el mero arbitrio del profesional, es abusiva, salvo que su ejercicio produzca una mejora en la situación del consumidor.
- Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas por las cuales puede ser modificado, con derecho de rescisión por parte del consumidor.
- En todos estos casos, reservar la relación de equivalencia diseñada en la celebración del contrato.

- Si el cambio es tal que altera la causa del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad.
- Las modificaciones no pueden afectar aspectos sustanciales de modo que el resultado final sea un cambio de plan.
- Las modificaciones deben ser generales, y no referirse a un sujeto particular o ser discriminatorias.
- Puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si un consumidor actual contrataría en esas nuevas condiciones.

Veremos seguidamente algunos casos particulares.

8. Modificaciones en el listado de los prestadores

En un caso judicial, la demandada tenía déficit operativo, entonces ofreció dar servicios por veinticinco años contra el pago de una suma de dinero que el actor pagó. Luego, la accionada vendió sus establecimientos y siguió dando sus prestaciones a través de otra organización sanatorial, sin contrato escrito, dando a publicidad esa delegación. El actor se opone porque el nuevo sanatorio es demasiado grande y se viola una obligación *in situ personae*. La Cámara estimó que la prestación durante un cuarto de siglo no puede ser personalísima, puesto que "los médicos envejecerán, y serán sustituidos por otros, las técnicas biológicas, químicas y sanitarias serán modificadas y hasta los muebles y aparatos se desgastarán"; hace imposible suponer que el débito de atender a una o varias personas quede fijado de modo intransmisible". Se pronuncia por la cesibilidad¹⁰.

De modo que si el contrato fuera de larga duración, habría que atender a esa fenomenología esencialmente dinámica y el cambio no es abusivo.

9. Modificaciones unilaterales del precio

La reserva unilateral en la fijación de precios es abusiva, en cuanto afecta la determinación del precio (art. 19, Ley Consum.). Ello sin perjuicio de que puedan presentarse situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente.

La variación del precio es lícita siempre que constituya una cláusula de estabilización del precio original, que puede contemplar el ajuste de los diversos servicios conforme a su costo.

¹⁰ CNCam., Sala D. "Zaltman, Alberto c/Sanatorio Metropolitano", L.L., 1983-A-180.

10. La incorporación de cambios tecnológicos

Dicen Ghersi, Weingarten e Ippolito¹¹ que decidir si deben o no asumirse cambios tecnológicos, implica colocar los servicios de acuerdo con el avance del saber científico: "entendemos que ésta es una situación que no puede quedar unilateralmente en manos de la empresa y tratáremos de dar nuestros fundamentos: el primero, es que la atención médica asistencial en sí misma entraña la obligación de utilizar metodologías y técnicas actualizadas, pues de lo contrario se vería seriamente comprometida la responsabilidad del médico y de la empresa, ya que el objetivo de la prestación es actuar, mínimamente, sin la omisión de diligencias en cuanto a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arts. 512 y 902, Cód. Civ.)".

"En lo atinente al momento en que debe operarse la decisión, si bien ésta es una evaluación muy difícil de hacer en abstracto, podemos señalar como regla general, que la empresa tiene la prioridad de la selección del momento; sin embargo, si ésta no se concreta, entendemos que existe un derecho del usuario a reclamarla, aun con fijación del plazo por vía judicial".

"En cuanto al costo, no nos cabe ninguna duda de que debe ser soportado por la empresa, y de ninguna manera debe materializarse en un incremento valorativo de la cuotas. Esto es así por varias razones: a) está dentro del denominado riesgo-coste empresarial; b) al incorporar al usuario, asumió la obligación implícita de un adecuado servicio, es decir que tácitamente estaba involucrada la actualización tecnológica ("y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión", art. 1198, Cód. Civ.), y c) la incorporación constante de nuevos usuarios, va financiando la incorporación tecnológica. En última instancia, el cálculo actuarial —como en los seguros— demuestra que la expectativa de servicios es menor que la masa de dinero incorporada".

Por nuestra parte entendemos que al momento de celebrar el contrato, se estableció un contenido de la obligación de hacer, según la relación precio-calidad, que generalmente se expresa en el tipo de plan suscripto. El paciente tiene derecho a que ese nivel de calidad se mantenga a lo largo del contrato, conforme a un criterio dinámico y no estático. En virtud de ello, la empresa no cumple con su obligación, si pretende prestar servicios médicos al paciente, utilizando la tecnología médica existente en la celebración del contrato (que podría ser veinte años antes, por ejemplo).

Deben utilizarse la tecnología y los conocimientos médicos vigentes al momento de la prestación, y no de la celebración.

¹¹ Ghersi, C. - Weingarten, C. - Ippolito, S. C., *Contrato de Medicina Prepagada*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

El contenido de la prestación se determina conforme a la relación de equivalencia dinámica que hemos descrito en los puntos anteriores.

V. EL CONSUMIDOR: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Aplicación de las reglas del seguro y de protección del consumidor

Las leyes 23.660 y 23.661 definen el "seguro de salud" y refieren a la responsabilidad de los agentes del seguro, y definen a las obras sociales como "agentes del seguro", y establecen que hacen operativo el "seguro social". Estas menciones han justificado la aplicación analógica de la ley 17.418 en materia de obras sociales¹².

El sistema del seguro tiene elementos análogos. Busca seguridad económica frente a acontecimientos futuros e inciertos; opera mediante una empresa que capta el ahorro en forma masiva en base a una relación técnica establecida entre la prima y el riesgo. Hay un riesgo asegurable, hay pago de prima, hay interés. Se trata de un contrato sinalagmático, oneroso, aleatorio, de tracto sucesivo.

Esta situación se da también en Brasil donde se lo califica como "seguro de salud"¹³.

Es un contrato de adhesión ya que existe una empresa que predispone las cláusulas mediante planes a los que adhiere el consumidor. La prestación asumida por la empresa, ya lo dijimos, no es *indefinita personae*.

Se trata también de un contrato de consumo, puesto que hay un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables las disposiciones de la ley 24.240.

2. La interpretación "global" de las cláusulas

La idea de equilibrio, de correspondencia objetiva de las prestaciones que se mantiene como elemento genético y funcional, es esencial al contrato¹⁴.

En la contratación de consumo, la cláusula es abusiva cuando "desnaturaliza" las obligaciones o cuando importan renuncia o restricción de

¹² CNCDiv. y Com. Fed., Sala 3ª, "G., J.A. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", J.A., 3-III-1997.

¹³ Lima Márquez, C., "Abusividade das cláusulas nos contratos de seguro saúde: expectativas legítimas dos consumidores segundo o direito brasileiro", publ. en Congreso Internacional, *La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo*, cit., Santa Fe, 1996, libro de ponencias.

¹⁴ Conf. Buenos, Alberto, *Objeto del Negocio Jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1968, pág. 111.

los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte (art. 3º; ley 24.240), lo cual significa que el vínculo debe tener reciprocidad. Más clara aún en este aspecto es la ley francesa 95-86 de febrero de 1995, relativa a cláusulas abusivas, que las califica como aquellas que "tienen por objetivo o por efecto crear, en detrimento de la parte no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato".

La idea de equilibrio y correspondencia se ha ido expandiendo.

Durante mucho tiempo se la entendió en el plano obligacional, como "obligaciones recíprocas", porque la prestación de una tiene razón de ser en la prestación de la otra (art. 1138, Cód. Civ.), dando fundamento a un sistema de vasos comunicantes entre obligaciones. Así, el comprador de un inmueble no puede exigir la escrituración si no pago el precio, porque hay correspondencia entre ambas obligaciones¹⁸.

Actualmente hay vasos comunicantes entre obligaciones diversas de un contrato, aunque no estén interrelacionadas entre sí. La calificación de abuso y de interrelación toma en cuenta prestaciones nucleares, deberes secundarios de conducta, accesorios, dando lugar a una "interpretación global", como lo propone la ley francesa en materia de contratos de consumo. La inversión de la carga de la prueba, o la prerrogativa de jurisdicción, pueden dar lugar a un equilibrio contractual, aunque no exista una obligación correlativa específica.

De manera que es importante considerar tanto la obligación nuclear, como los deberes secundarios de conducta, a los fines de captar la noción de abuso.

3. Deberes secundarios de conducta

a) Deber de ofrecer alternativas suficientes

En el caso que reseñamos más adelante consistente en una acción pública en la vara civil de Blumenau, Brasil, el juez indica que la ilicitud contractual de algunas cláusulas podría ser salvada si se hubieran ofrecido alternativas razonables.

Ello significa que si la empresa ofrece varios planes, con distintos precios y calidades, e informa adecuadamente al usuario sobre las diferencias entre ellos, disminuye la inasequialidad del consumidor.

Si se ofrecen varias alternativas claras, el consumidor puede optar, y al hacerlo se incrementa su libertad. De tal manera si se le ofrece un plan que cubre una prestación y el usuario opta por otro plan que no la

¹⁸ Alterini, Alilio A. - Arnesi, Oscar - López Cebana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Cívicas y Comerciales*, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1996, pag. 69.

ubre, no puede luego quejarse de esa circunstancia, salvo que sea un límite irrazonable, como lo señalamos *ut supra*.

El fundamento legal de este deber secundario de conducta está en la "libertad de elección" garantizada en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Debe observarse que se trata de un deber precontractual, puesto que se refiere al establecimiento de diversas alternativas para que el usuario pueda optar por una de ellas; el contrato se configura luego, cuando, efectuada la opción, la empresa lo acepta.

b) Deber de cooperación

Este débito también es colateral y derivado de la buena fe. En la medicina prepaga se lo ha relacionado con prácticas abusivas que desarrolla el empresario, como por ejemplo:

- suministrar un lugar de pago distante del domicilio;
- exigir estudios previos perturbadores de la intimidad o riesgosos, a fin de desalentar al consumidor.

Adviértase que estamos frente a deberes de cumplimiento del consumidor, pero que son obstaculizados por la falta de cooperación del acreedor. Estos deberes de colaboración del acreedor en el cumplimiento que debe realizar el deudor, han sido reconocidos en la doctrina como "carga de diligencia"¹⁶.

En estos supuestos, la empresa debe cooperar a fin de no obstaculizar o hacer más difícil ese cumplimiento.

c) Deber de seguridad

El deber de seguridad será tratado más adelante cuando examinemos la responsabilidad de la empresa por los hechos de sus médicos.

4. La interpretación en favor del consumidor

En materia de interpretación se ha aplicado en general la regla de interpretar en favor del consumidor.

En Brasil¹⁷ el apelante manifiesta haber celebrado un contrato con la empresa Golden Cross, acusando a esta última de no haber cumplido con el contrato, y solicitando que se declare al mismo rescindido y se le

¹⁶ Díez-Piçarro, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 286.

¹⁷ Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro, en. da Eda. C., Ap. 4.065/95, Des Sergio, Cavellon Filles, publ. en *Revista Brasileira de Consumidor*, no. 18, junio 1998, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pág. 178.

devuelvan las sumas pagadas hasta el momento. La empresa manifiesta que se había solicitado una cirugía video laparoscópica que era un método experimental y por lo tanto excluido de la cobertura. *A posteriori*, en el proceso se probó que el método no era experimental, sino conocido y usado en el Brasil, por lo que la empresa sostuvo simplemente que no estaba cubierto. El tribunal entendió que las empresas aseguradoras de salud que prestan servicios de asistencia médico hospitalaria están obligadas, por la fuerza de la actividad que explotan, a disponer de mecanismos capaces de poner en movimiento todo el aparato médico asistencial para socorrer al asegurado, en tiempo oportuno, con las más avanzadas técnicas de la medicina. Es importante señalar que la oferta al público realizada por la empresa, se refería a un plan de asistencia médica integral y total, razón por la cual el tribunal entendió que no podía ser parcial. Se resuelve por el progreso de la demanda. -

En un caso fallado en Estados Unidos¹⁸ se interpretaron las reglas contractuales dadas por la propia oferente, la que estableció que se cubre la enfermedad definiéndola en términos amplios y con exclusiones ambiguas.

- La redacción de un texto puede ser exclusiva o inclusiva. Esto último sucede cuando se dice que se cubren enfermedades en sentido amplio, de manera tal que todo lo que no está consignado expresamente como una excepción, queda incluido. De este modo, el texto contractual permite establecer una regla de inclusión: todo lo que no está expresa y claramente excluido y constituye enfermedad, está incluido.

El Tribunal de Justicia de São Paulo dispuso: "la cláusula que excluye el derecho a la internación hospitalaria en letras bien pequeñas, evidencia que la contratada no cumplió con la obligación de dar claridad a las limitaciones del derecho del consumidor"¹⁹.

En un caso fallado en Brasil²⁰ se trataba de una acción iniciada por un usuario contra una empresa prestadora de servicios de asistencia médico hospitalaria, solicitando la anulación de una cláusula que disponía que en ningún caso habrá derecho a una internación superior a sesenta días. La acción de nulidad fue acompañada por una medida cautelar en la que solicitaba que se le mantenga hasta que se resuelva el juicio definitivo. El paciente fallece, pero la acción es seguida por su esposa e hijos. El suceso acontece con anterioridad a la sanción del Código de

¹⁸ *Witcraft vs. Sandstrand Health and Disability Group Benefit Plan*, S.C. Iowa, 1988, 420 N.W. 2d, 785.

¹⁹ Ap. 240-429. 16.C.Rel. Par. Cuiçabá, Ino-RT.719.129.

²⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, Ac. 12, Cam. Civ., Ap. 188.788, relator Des. Erix Ferrera, 28-IV-1992, pub. en *Revista Direito do Consumidor*, nro. 18, junio 1992, Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 194.

Protección del Consumidor, razón por la cual no es aplicable, pero los jueces usaron los principios jurídicos de este último para resolver la cuestión. En primera instancia se hizo lugar a la acción. El magistrado observó que era una cláusula que manifestaba una contradicción con la finalidad de prestación de asistencia médico hospitalaria, y que establecía una desproporción abusiva, incompatible con el deber de buena fe.

En la Cámara se confirma la decisión. El fundamento principal es que el contrato es aleatorio, pero para las dos partes, y no es admitida una cláusula que neutralice el riesgo, lo excluya o lo limite. Si el *alea* queda a cargo de una sola de las partes, y la otra tiene la certeza de ganar, la cláusula es nula.

En este sentido el usuario está obligado a pagar mensualidades y no es lícito que la empresa quede asegurada contra las internaciones más desesperadas.

En Argentina hubo un fallo interesante en materia de interpretación²¹. La actora relata —entre otros hechos— que: "En ocasión de ir a donar sangre para un amigo que debía ser operado se analizó su fluido comprobándose que era portador del virus HIV. Notificada la demanda de dicha circunstancia, mediante evasivas de distinto tipo se le negaron los cuidados por él requeridos. Por ello se inicia la presente causa que tiene por objeto hacer cesar esta situación. Funda su derecho y ofrece prueba. Dice la emplazada que el amparo es improcedente pues lo que en realidad se pretende es la modificación, derogación o nulidad de las cláusulas contractuales que se reputan abusivas, excediendo esta discusión el limitado margen del amparo. Por otra parte, y como existen otros caminos para lograr el fin propuesto, el reclamante no tendría ningún perjuicio".

La sentencia sostiene:

- Que se justifica la vía del amparo, porque "en el presente caso se encuentran cuestionados derechos de gran envergadura como son la voluntad de las partes, el derecho a una adecuada asistencia médica, la discriminación, las cláusulas abusivas de un convenio, la naturaleza y alcances del contrato de adhesión, etcétera, amén de las garantías constitucionales implícitas en ellos (ver. arts. 42 y 43, Const. Nac.), por lo que entiendo que la vía se encuentra por demás justificada".

- Que hay un problema de interpretación sobre la extensión de la cobertura. "En efecto, cuatro son las situaciones clínicas que definen el sida: enfermedad constitucional, encefalopatía por HIV, infecciones oportu-

²¹ *Jur. Nac. Civ. Nro. 70, 1ª Inst. Firm. 26-IX-1995, "T. C.A. Offroad S.A.", J.A. 20-III-1996, con nota de Wengarten, Celis - Ghersi, Carlos. "Sida y medicina prepaga (Un fallo con trascendencia social)".*

tunistas mayores y tumores marcadores (sarcoma de Kaposi, linfoma no-Hodgkin de alto grado o linfoma primario de cerebro)... La enfermedad por HIV es un proceso continuo que se inicia desde el momento del ingreso del virus al organismo, pudiendo progresar a lo largo del tiempo a diferentes cuadros clínicos. El paciente averigua si está infectado al efectuarse un test de laboratorio... Ninguna prueba de laboratorio hace diagnóstico de sida. Este diagnóstico es un acto clínico que efectúa el médico en su consultorio al constatar la presencia de las enfermedades marcadoras ya descritas (conf. éste y los tres párrafos anteriores, Cahn, Casiro, Maglio, Mangone, Pagano y Sumay, *Sida. Un Enfoque Integral. Psiquiatría, Psicopatología y Psicosomática*, 1ª reimp., Paidós, Buenos Aires, 1994, págs. 40 y sigs.).

En virtud de estas precisiones dice:

"a) nos encontramos ante un paciente asintomático con serología positiva para HIV (escrito de demanda y oficio f. 168).

b) la cartilla de la sociedad (hoja nro. 12) establece que sólo están excluidos de cobertura el sida y todas sus consecuencias.

"Consecuentemente, el paciente sintomático no tiene sida, y por lo tanto no encuentra fundamento de ninguna índole para negar al actor la asistencia que precisa en este tramo de su enfermedad".

También en Brasil hubo fallos referidos a la interpretación del término "sida"²². La empresa de medicina prepaga "Amil"²³ ofrece a sus asociados una cobertura por los gastos médicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida. En la hipótesis de que el cliente no quiera internarse en el hospital que la empresa le indica, deberá cargar con los costos hospitalarios. En la propaganda y en las cláusulas del contrato consta que se ofrece la libre elección con reembolso y que el plan cubre los exámenes, diagnóstico y consultas.

El tribunal aplica la regla de que en caso de duda, debe interpretarse en favor del consumidor, y consecuentemente hace lugar a una medida cautelar, peticionada por el paciente, para la cobertura.

5. Acción civil pública en defensa de los consumidores de salud

Vara Civil de Blumenau, juez Dr. Newton Janke, "Ministerio Público vs. Sermed Saúde Ltda."²⁴.

²² Tribunal de Justicia do Rio de Janeiro, Ap. 3.023/93, pub. en *Revista Direita do Consumidor*, no. 17, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pág. 234.

²³ *Revista Direita do Consumidor*, no. 18, junio 1996, Revista dos Tribunais, São Paulo, pag. 209.

La acción civil pública es una pretensión que puede deducir el Ministerio público en representación de intereses colectivos. En este caso, la presentación refiere que se han advertido cláusulas de exclusión de determinados tipos de enfermedades, de algunos tratamientos, y que en un caso específico se constató la negativa de prestación a una mujer que necesitaba una quimioterapia sistémica. La cláusula en cuestión establece la exclusión de cobertura de: hemodiálisis, radioterapia, inmunoterapia, cirugías cardíacas, límites temporales para las expensas médico-hospitalarias de los riesgos cubiertos.

La empresa por su parte, presenta la opinión de Celso Antonio Bandeira de Mello, uno de los más importantes juristas del Brasil, en el ámbito del derecho público. Sus argumentos señalan la prevalencia de la autonomía de la voluntad en tanto que la contratación de seguros de salud es facultativa; que el sistema debe ser mantenido mediante aportes y gastos proporcionales, ya que de otro modo no subsistiría; que la delimitación de los riesgos es una cláusula común, admitida en la contratación civil (art. 1460, Cód. Civ.).

El juez fue muy estricto y duro respecto de la postura de la empresa, diciendo:

- Que la libertad de contratar tiene límites éticos, y en virtud de ellos no se puede limitar o renunciar a las prerrogativas básicas de los consumidores.

- Que los argumentos de que, en ausencia de límites no podría funcionar el sistema, serían apropiados en un empresario automovilístico, pero no en el ámbito de la salud. Que cuando se contrata un seguro de incendio es posible excluir un electrodoméstico de la casa asegurada, pero no se puede excluir un pulmón, el corazón o la cabeza del paciente cuando éste contrata un seguro de salud.

- Que ningún consumidor paga un seguro sabiendo de antemano qué enfermedad va a tener ni los tratamientos que ésta demandará.

- Que ambas partes asumen un cierto tipo de lotería, pero el empresario es un mal jugador si a la hora de cumplir, se vale de cláusulas que lo eximen de responsabilidad.

- Que los riesgos están disminuidos, porque se ha probado que sólo tres de cada diez contratantes usan de algún modo el servicio; que las empresas de salud facturan ocho billones de dólares por año; que hay treinta y tres millones de personas adheridas al sistema, lo que representa un 22% de la población; que es uno de los pocos sectores de la economía que ha crecido.

- Que las exclusiones serían defendibles si se ofrecieran varias opciones que posibilitaran escoger planes que cubran esas expensas. En el caso, las otras opciones se refieren sólo a aspectos accesorios, como habitación privada, con o sin baño.

- Que limitar a diez días el plazo de internación en terapia intensiva es alarmante. No puede pensarse en que se quiere limitar la conducta abusiva del paciente, porque ninguna persona tiene tendencia a vivir en terapia intensiva. No es posible admitir que un politraumatizado con coma cerebral sea removido de la terapia intensiva al día once porque se agotó el plazo de la cobertura.

- El juez concluye afirmando la nulidad de las cláusulas examinadas.

En otro caso, que muestra el activismo de los fiscales de Brasil en el control de cláusulas abusivas, se analizaron varias disposiciones.

2da. Vara Cível de São José dos Campos, juiz Dr. José R. Santini, "Ministerio Público vs. Clínica São José Ltda."²⁴.

Se cuestiona la validez de cláusulas que establecen exclusiones de cobertura en un seguro de salud organizado por una clínica. Las cláusulas cuestionadas son las siguientes:

- Se establece la exclusión de cobertura en casos de partos con anestesia. El juez entiende que es una cláusula inválida porque da la impresión de que los partos normales deben ser realizados sin anestesia, cuando es común utilizarla parcialmente.

- Exclusión de reembolsos por atenciones realizadas fuera de los municipios donde la empresa tiene médicos propios. Esta cláusula le parece razonable al juez porque no se priva de la atención, toda vez que puede presentarse en cualquiera de los servicios propios con una credencial, y ser atendida.

- La exclusión de cobertura en lesiones causadas por embriaguez, tentativa de suicidio, o cualquier otro acto ilícito. En esta exclusión no hay ningún abuso porque se trata de hechos propios del contratante.

VI. LA RESPONSABILIDAD

Se manifiestan aquí las mismas tesis que existen con relación a las clínicas.

Un sector se inclina por la existencia de una estipulación a favor de tercero, estableciéndose una relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al prepago. Éste tiene acción directa contra el prepago y contra la clínica subcontratada.

Por nuestra parte, nos inclinamos por un ajuste a la realidad ontológica. Es una empresa que contrata con particulares, es un vínculo jurídico bilateral, es un contrato entre dos partes mediante el cual una paga el precio y la otra da asistencia.

²⁴ *Revista Direita de Consumidor*, no. 18, junio 1996, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pag. 209.

Se trata entonces de un contrato de locación de servicios o de obra, según se entienda. Puede existir una estipulación a favor de tercero cuando una persona contrata servicios en beneficio de otra, como sucede con el seguro a favor de un tercero.

Para comprender las numerosas relaciones que se dan, hay que partir de un vínculo base; establecido entre el paciente y la empresa. Ésta es titular de un centro de interés jurídico del que emanan derechos y deberes. Entre éstos últimos está el de prestar asistencia. Para ella puede encargar a sus dependientes la prestación directa o bien subcontratar con otra empresa y en algunos casos hacer emprendimientos en colaboración.

El encargo de la prestación, el subcontrato y la asociación en colaboración explican suficientemente el cúmulo de vínculos.

Recientemente, se ha fundado esta responsabilidad en la obligación de seguridad. Dice Gregorini Clusellas²⁵ que en esta materia hay un criterio referido a que se cumple debidamente su obligación eligiendo profesionales médicos habilitados para ejercer y cuyas personas serán inobjectables en cuanto a idoneidad y competencia. Si cumplido estos recaudos sobreviene una "mala praxis" médica, la misma será responsabilidad del médico pero no de la clínica, ente asistencial o de medicina prepaga, que habrá agotado su prestación brindando la atención. Señala el autor que actualmente la posición mayoritaria ha cambiado. La responsabilidad de los entes asistenciales de medicina prepago o similares, no se agota en proveer atención médica a *praxis* inobjetable, sino que le corresponde además responder sobre la misma. Este criterio ha sido sustentado por Bueres²⁶ en relación a las clínicas y sobre el mismo profundizamos en el capítulo correspondiente a las relaciones entre la empresa médica y los pacientes.

Gregorini Clusellas lo aplica a la medicina prepaga, interpretando que ésta asume una obligación de seguridad, la cual en el caso es excepcionalmente de medios, pues su característica habitual es la de ser una de resultados. Esta obligación acompañará a la obligación médica central, siendo ambas igualmente importantes, aunque una aparezca como principal y otra como anexa en el rango obligacional. La obligación de seguridad será entonces directa no refleja, y la responsabilidad por su incumplimiento objetiva y condicionada al acierto o desacierto de la prestación médica efectuada por los profesionales brindados por el ente para

²⁵ CNCiv, Sala B, 23-III-1995. "A. C. c/ Centro Médico Santa Isabel S.A.", L.L., 21-VI-1996, con comentario de Gregorini Clusellas, Eduardo L., "La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga".

²⁶ Bueres, Alberto, *Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos*, Abaco, Buenos Aires, 1981.

ejecutar el contrato. Mediando culpa del médico que atendió al paciente (responsabilidad subjetiva), el ente que por su intermedio cumplió la prestación a su cargo, responderá objetivamente, aun cuando no hubiera incurrido en culpa. En síntesis, su obligación de seguridad únicamente quedará cumplida efectuando una prestación médica técnicamente inobjetable, pues responderá de acreditarse que no fue así.

LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS

MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ

I. NOCIÓN SOBRE DAÑOS SUFRIDOS COLECTIVAMENTE

En sentido amplio, daño colectivo (sufrido colectivamente) es "aquel que afecta a varias personas, simultáneas o sucesivamente"¹.

Dentro de esa noción cabe la suma de daños individuales; es decir, los sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo, cada una de las cuales ha sido lesionada en un interés subjetivamente diferenciable, aunque sea de índole objetiva más o menos similar. Por ejemplo, los múltiples lesionados en un accidente aéreo, las afecciones a la salud de consumidores por ingerir un producto defectuoso, la mutilación por el Estado de derechos previsionales ya adquiridos... Esta problemática se rige por los principios tradicionales del derecho de daños, aunque con innovaciones tendientes a la acumulación de las acciones y a la propagación de la cosa juzgada hacia todos los interesados.

En otro sentido, técnicamente relevante y todavía poco explorado, *daño colectivo es el experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión a un interés grupal*. Esta característica social del interés implica una diferencia cualitativa, y permite distinguir los daños colectivos stricto sensu de los daños individuales plurales².

¹ Colombo, Leonardo, *Calpo Aquilano (Cuestión)*, Tea, Buenos Aires, 1947, pág. 344.

² Algunas de las ideas desarrolladas en el presente, ya las expusimos en "El daño colectivo", en *Devolto de Daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 437 y sigs.

En sentido coincidente con la noción administrada en el texto: Agaglia, María Marta - Berogina, Juan Carlos - Maza, Jorge A., "La lesión a los intereses difusos. Categoría de dato jurídicamente protegido", *J.A.*, 1983-III-883 y sigs.

El perjuicio colectivo es único, aunque expandido entre los sujetos, a los cuales llega indivisiblemente, por la inserción en el conjunto, a raíz de una calidad común y significativa en el contexto lesivo: por padecer sida, por habitar en un cierto lugar, por pertenecer a una determinada raza o nacionalidad, por ejercer una específica función o actividad profesional... Por ejemplo, cuando se vierten imputaciones agraviantes contra jueces o periodistas, generalizada e indiferenciadamente; o si la autoridad gubernamental dispone injustificadamente el cierre de una escuela o la suspensión de actividades, con repercusión nociva en todos los educandos y en el personal.

Puede causarse un daño colectivo sin concurrencia de daños individuales: lesión al equilibrio ecológico, que no menoscaba la salud ni el patrimonio de nadie, en cuya hipótesis el interés afectado pertenece a todos los que conviven en el lugar³; expresiones de menosprecio ofensivo, vertidas indeterminadamente contra quienes sustentan una cierta creencia religiosa o política.

También es factible que un mismo suceso genere daños colectivos y daños individuales, como si la conducta arbitrariamente discriminatoria lesiona el interés particular de alguna persona (despido, impedimento para el acceso a locales de diversión...) y, por sus características generalizadas y graves, repercute nocivamente en los que ostentan la misma calidad del afectado. En los actos de profanación de tumbas judías, sufren los familiares de los fallecidos, pero también es reconocible un perjuicio grupal en todos los judíos, además de la repercusión generalizada de la afrenta en la comunidad.

La distinción entre esos perjuicios posee trascendencia práctica: el resarcimiento por daños colectivos procede con autonomía del que puede corresponder por perjuicios particulares; no margina el de estos últimos; las acciones son eventualmente acumulables en el mismo proceso si el suceso lesivo es único; y las situaciones perjudiciales deben ser evaluadas de manera diferente al acordar los respectivos montos indemnizatorios.

II. TITULARIDAD COLECTIVA DEL INTERÉS, AUNQUE EL BIEN NO SEA COLECTIVO

Para que exista un daño colectivo, no es menester que sea colectivo el bien sobre el que ha recaído la lesión, en el sentido de su titularidad

³ Conf. Gianfelici, María, "Responsabilidad civil por contaminación ambiental", L.L., 1983-D-1029; Sciglit, Gabriel A., "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente", L.L., 1983-A-783; Carnet, Manuel, "Responsabilidad civil por la actividad industrial", Anuario de Derecho Civil, T. II, Alvarado, Córdoba, 1996, pag. 42.

dominial. Aquél surge de la *lesión a un interés de afectación grupal*; es decir, con motivo de la pertenencia social del interés espiritual que satisface el bien. Este último puede ser o no patrimonial; lo importante es que su menoscabo acarrea un *deshmedro existencial a una colectividad de personas*.

En definitiva, no debe confundirse la titularidad del bien con la titularidad del interés, que puede ser moral a pesar de que el primero sea patrimonial; además, es factible que se produzca un daño moral colectivo por la lesión a intereses conectados con bienes de propiedad individual (pública o de particulares), como en el caso de obras de arte que son patrimonio cultural de una nación o de la humanidad, con abstracción de su titularidad dominial. El daño moral colectivo no requiere lesión a "bienes" colectivos, sino a "intereses" de esta índole.

Se suele distinguir entre intereses *colectivos stricto sensu*, referibles a un grupo más o menos organizado y que cuenta con un ente representativo (ligas de consumidores, Comunidad Homosexual Argentina...) e intereses *difusos*, cuando no existe esa vinculación formal, de manera que los miembros y sus canales de actuación son más imprecisos (quienes viven en una zona donde habita una especie animal en vías de extinción).

Sin embargo, no hay diferencia de esencia entre ambos casos (por la cual tampoco la habrá en los daños resultantes) sino sólo en la mediación o no de algún nivel institucional que cohesione y defina el goce del interés, evitando la dispersión en la titularidad. En efecto, tanto los intereses colectivos como los llamados difusos tratan una *realidad grupal*, y estos últimos pueden convertirse en aquéllas si se concreta un lazo asociativo. Además, también en los primeros el goce del interés es difuso, en el sentido que se propaga entre los miembros del conjunto.

III. LA PERSONALIDAD DE LOS DAÑOS COLECTIVOS

En anteriores concepciones, ofuscadas por el individualismo, pareciera que ciertos bienes, por ser de todos o de muchos, no son de nadie. Por eso, quedaban sin protección cabal, pese a que gran cantidad de personas o toda la comunidad estaban interesadas en su preservación. Los árboles no dejaban ver el bosque: se tutelaba cada "árbol" (sujeto), pero no el sistema como tal (el "bosque", conjunto aglutinado de sujetas).

En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros, así como su carácter diluido e imbricado, exigen un cambio de enfoque, en cuya virtud el derecho de daños se ocupe no sólo de lo "mío exclusivo", sino también de lo "mío y de otros": "lo nuestro".

Como los intereses compartidos son también propios, un daño personal no equivale siempre a daño exclusivo o individual. Los daños morales "colectivos" son "personales" ... aunque colectivos.

Los perjuicios colectivos no tienen como víctima a algún ente diferenciado de quienes componen el grupo; son éstos los damnificados, aunque el menoscabo no apunta a las personas de modo lineal y diferenciado, sino que se propaga complejamente entre ellas, como miembros de alguna específica realidad comunitaria.

IV. LA CERTEZA DE LOS INTERESES LLAMADOS DIFUSOS

Se ha opinado que un interés "difuso" es un interés "simple", sin entidad de derecho subjetivo ni de interés legítimo y que, por ende, no confiere legitimación para ejercer acción personal alguna, sino sólo para petitionar a las autoridades la adopción de las medidas pertinentes de tutela⁴.

Reside allí una confusión conceptual, derivada de la denominación de los intereses como "difusos". Pues los intereses colectivos a tutelar son y deben ser "concretos, ciertos y determinables"; sólo es difusa su titularidad. Por eso, existe un verdadero "derecho subjetivo" a reclamar, a título personal, la protección de intereses de la colectividad, porque dicho interés es también "propio"⁵. De tal modo se ha reconocido en el artículo 43 de la Constitución Nacional, al conferir legitimación inclusive al "afectado" para la promoción de la acción de amparo en salvaguarda de "derechos con incidencia colectiva".

Dicho en otros términos: que los intereses colectivos de goce diluido entre los miembros del conjunto, no significa que resulten abstractos, insabibles o no perceptibles, antes bien, son muy concretos⁶.

En verdad, cuando los intereses son intrínsecamente difusos (y no sólo su titularidad) se trata de "males sociales" que, aunque innegables y vividos con impotencia y dolor comunitarios, no generan un daño moral en sentido técnico, por defecto de certeza del interés lesionado, de la personalidad del daño o de la inexistencia de relación causal con la acción de responsables identificables. Por ejemplo, los males sociales que acrean la corrupción indeterminada de funcionarios públicos, la inserción de mafias dentro del poder, la falta de esclarecimiento de atentados terroristas o de agresiones contra periodistas o contra fiscales que investigan delitos, los excesos burocráticos, la inseguridad ciudadana generalizada.

⁴ Marienhoff, Miguel S. "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés 'difuso'", E.D., 106-122 y sigs.

⁵ Conf. Rodríguez Juárez, Manuel, "La legitimación activa en los llamados intereses difusos", *Semanario Jurídico*, nro. 336, 30-VI-1993.

⁶ Caso, Guillermo J. "Un hito en la historia ambiental argentina", L.L., 1983-D-588.

V. LA NATURALEZA DEL DAÑO MORAL

Se afirma que, al menos en nuestro sistema legal, el daño moral "es, por naturaleza, individual, esto es, ligado a la subjetividad (espiritualidad) de cada damnificado"⁷.

No obstante, aun entendiendo al daño moral como *perjuicio espiritual*, éste puede afectar no sólo valores aisladamente subjetivos, sino también los que se comparten con otros sujetos, ya que la sociabilidad es una dimensión de la espiritualidad de la persona humana; por eso se reconoce un "matiz social" en el daño moral. Ello es así tanto en perjuicios individuales (como cuando se perturba la vida de relación o el equilibrio social de una persona) como en perjuicios grupales *stricto sensu*.

La repercusión negativa en la subjetividad de los afectados no significa un necesario impacto psíquico sino, más ampliamente, un defecto existencial en comparación con la situación precedente al hecho, sea en la existencia aislada de las personas, sea en su vida comunitaria⁸.

Por consiguiente, el daño moral no se reduce a la alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona sino que se proyecta, además, a la del bienestar espiritual y social de un grupo de personas; es decir, a un defecto existencial colectivo. Se distingue así el daño moral individual por perturbación de la sociabilidad de una o más personas, del daño moral colectivo por lesión de intereses valiosos gozados indivisiblemente por los miembros de un grupo humano.

Sin perjuicio de lo expuesto, el daño moral colectivo puede tener ribetes psíquicos, como se aprecia en expresiones aceptadas y usuales: la afectación del "sentir comunitario", de la "sensibilidad social"... Ahora bien, no se trata entonces de una "minoración anímica y espiritual de la comunidad"⁹, sino de la que experimentan sus integrantes en la vida comunitaria. Como todo daño moral, el de naturaleza colectiva se vincula con la "subjetividad" y "espiritualidad" de los damnificados, aunque no separadamente, sino en conjunto y sin límites difusos entre unos y otros.

Por ejemplo, en las explosiones de proyectiles provenientes de una fábrica militar en la ciudad de Río Tercero (Córdoba) no sólo existieron daños individuales (por muerte, lesiones personales, terror, destrucción de viviendas), sino que también se produjo y subsistió un daño psíquico colectivo, por el solo hecho de ser "habitante" de esa ciudad, con el consiguiente temor a la repetición del siniestro (que en los hechos, se reiteró una vez más).

⁷ Pizarro, Ramón D. *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 283.

⁸ Zavala de González, Matilde. *Reconocimiento de Daños. Daños a las Personas*, T. 2-C. "Integridad espiritual y social", Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 64.

⁹ Según en cambio lo expresa Pizarro, *Daños...* cit., pág. 283 (la bastardilla es nuestra).

En definitiva, ninguna de las concepciones vigentes sobre el daño es obstativa al reconocimiento de una moral colectiva, ya que aun la tesis que identifica el perjuicio como un resultado disvalioso, permite percibirlo en los miembros de un grupo, de manera colectiva o difusa.

VI. LA INJUSTICIA DEL DAÑO NO PRESUPONE TUTELA NORMATIVA

Se ha opinado que un bien puede reputarse como colectivo y su lesión como fuente de daños colectivos, si tiene "un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico y susceptible de protección". Dicho "status normativo" colocaría "un límite a la invocación de múltiples bienes colectivos"¹⁰.

Dicha postura entronca con la distinción, ya superada, entre daños "jurídicos" (resarcibles) y "de hecho" (no resarcibles): los primeros son los que provienen de la lesión a un derecho subjetivo o a un interés con reconocimiento legal.

Las ideas de De Lorenzo aportan esclarecimiento definitivo a ese problema: el principio que veda dañar a otro (*alterum non laedere*) opera sin más para decidir la reparación del perjuicio injusto, a cuyo efecto es jurídicamente relevante la lesión a todo interés digno por naturaleza y que merezca cualquier tipo de protección¹¹.

Al margen de que la mayoría de los intereses colectivos relevantes tienen raigambre constitucional, el imperativo jurídico actual reside en "acordar adecuada protección a toda situación (individual y grupal) digna de tutela, en función de la calidad intrínseca de los bienes y valores a defender"¹²; es decir, con prescindencia de algún específico reconocimiento normativo.

VII. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE LOS DAÑOS MORALES COLECTIVOS

Ante daños sufridos colectivamente o la amenaza de que se produzcan, no se discute ya la procedencia de acciones preventivas y de recomposición en especie.

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", *L.L.*, 1996-D-1038 y sigs.

¹¹ De Lorenzo, Miguel F., *El Dato Injusto en la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, una de las mejores obras sobre la materia.

¹² Conf. Stigliitz, Gabriel A., "Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente", *Jurix*, t. 90, págs. 321 y sigs.

En ocasiones, se ha aducido en contra de la existencia misma de aquéllos, la imposibilidad de resarcirlos en dinero, con olvido de que las técnicas para impedirlos y para restablecer la situación anterior implican, como necesario presupuesto, que existan "derechos de incidencia colectiva" (art. 43, Const. Nac.), cuyo menoscabo debe generar consecuencias jurídicas.

En los daños ambientales, se privilegian las técnicas de restitución a la situación anterior, que suelen traducirse en limpieza y restauración. Este objetivo puede lograrse mediante una condena dineraria (abonar el costo para reponer o reinstalar los componentes naturales afectadas) o que imponga adoptar toda medida razonable que mitigue el daño. Inclusive y en caso de imposibilidad, se propician los llamados "intercambios de naturaleza", como medios sustitutivos (aunque no equivalentes) a los recursos ambientales menoscabados, por ejemplo, la creación de un parque natural en una zona próxima al perjudicado.

La prioridad y la trascendencia de los objetivos preventivos y de restablecimiento del estado fáctico anterior, no aparece una subestimación del rol compensatorio de la indemnización dineraria por daños colectivos, tanto para las lesiones no subsanables materialmente, como para los perjuicios comunitarios ya sufridos en el intervalo hasta que se concreta la reparación en especie (la cual siempre actúa para el futuro).

Así pues, en algunas oportunidades, la indemnización dineraria operará como resorte complementario (no último, ni subsidiario) de los remedios restitutorios; en otras y ante perjuicios irreversibles, será el único recurso.

VIII. REFUTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS ADVERSOS AL RESARCIMIENTO DINERARIO

a) Imposibilidad de resarcir con dinero perjuicios que no pueden subsanarse

Varios argumentos esgrimidos como adversos a la reparación del daño moral "individual", hoy son resucitados como obstáculos al resarcimiento dinerario de un daño moral "colectivo".

De tal modo y con referencia a los daños ambientales, De Cupis señala que, cuando no es factible una reintegración específica y al margen del resarcimiento pecuniario por los eventuales daños patrimoniales (por ejemplo, por el costo de reintegro o por la pérdida de valor económico de bienes que hacen parte del patrimonio estatal), no cabe indemnización dineraria alguna sino, en su caso, la aplicación de penas: "si no puede remediarse el daño reparándolo, ¿cómo puede hablarse de resarcimiento? Se olvida que el resarcimiento se identifica con la reparación: si no es

posible reparar con dinero el daño, es absurdo emplear la expresión "resarcimiento"¹².

Pero ningún daño moral es "naturalmente" remediable: el dinero no borra las lágrimas derramadas, ni devuelve el brazo mutilado...

La limitación jurídica se agiganta ante algunos daños morales colectivos, como en catástrofes irreversibles, cuyas secuelas perdurarán por un tiempo ilimitado, afectando la calidad de vida inclusive de personas todavía inexistentes (por ejemplo, residuos radioactivos); situaciones de tal magnitud parecen ajenas a toda percepción humana y a respuesta alguna por el derecho. ¿Cómo traducir en dinero esos perjuicios? Cualquier técnica parece imposible y arbitraria. Sin embargo, salvando las diferencias de lesiones, un problema jurídico análogo se presenta ante el dolor incalculable por la muerte de un hijo querido: desaparición definitiva e irremediable de un ser humano único e irrepetible.

Es cierto que la reparación "natural" (más todavía, "integral") del daño moral constituye un mito o ilusión; tanto desde la perspectiva del perjuicio mismo, que no desaparece, como desde el alcance de la indemnización ya que, por su radical diversidad con los intereses espirituales, el monto que se fija no puede representar la entidad del daño moral. No obstante, más vale "alguna" reacción jurídica, aunque no elimine el problema, que "ninguna".

El resarcimiento no es "jurídicamente" imposible, aunque sí deficiente o imperfecto: el dinero cumple una función de satisfacción, como medio de acceso a bienes o servicios, materiales o espirituales. Así pues, a diferencia del daño patrimonial, en que la indemnización ingresa en lugar del perjuicio, lográndose una equivalencia económica, en el daño moral la indemnización se coloca a su lado, procurando compensar de algún modo a la víctima. Esta óptica resarcitoria es básicamente similar ante una comunidad afectada.

b) El carácter difuso de la legitimación activa

Se aduce la dificultad para admitir una pretensión resarcitoria ejercida por quien o por quienes, eventualmente, pueden no haber sufrido algún daño individual¹³. Igualmente, que la necesaria pluralidad de legitimados activos, su eventual inorganicidad o el real desconocimiento de la cantidad de afectados, torna sumamente riesgoso ponderar la cuantificación y prueba del daño moral¹⁴.

¹² De Capia, Adriano, "La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?", *Revista di Diritto Civile*, nro. 4, julio-agosto de 1988, págs. 401 y sigs.

¹³ Carrasco Perera, Ángel, *El Derecho Civil: Sentas, Injusticias y Paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 79.

¹⁴ Saus, Eduardo L., "Acceso a la tutela de los 'derechos de incidencia colectiva'"

Al respecto, enfatiza Bidart Campos sobre la "miopía procesal" que implica negar la legitimación para tutelar intereses difusos "so pretexto de que, por pertenecer a muchos o a todos, no singularizan en cada uno un interés personal que sea diferente al común interés de los demás"¹⁶ (nosotros diríamos que "singularizan en cada uno un interés personal, aunque compartido con los demás").

Por otra parte, la objeción sólo cobra relevancia frente a acciones populares (un miembro cualquiera del conjunto, que invoca la lesión al interés de todos sus miembros), pero no cuando el grupo se encuentra organizado y la acción es ejercida por su ente representativo.

Esta última hipótesis debe ser distinguida del discutido daño moral a las personas jurídicas el cual, aun para quienes lo admiten, se traduce siempre en perjuicios individuales (es decir, de las personas jurídicas afectadas en su buen nombre, reputación, etc.); mientras que aquí estudiamos un perjuicio colectivo, con lesión subjetivamente plural y donde, por ende, la existencia de un canal representativo interesa como recurso práctico para actuar en nombre de todos los miembros del grupo, y no de la eventual persona jurídica que los aglutina.

Por eso, cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados, con la particularidad de que el interés menoscabado es grupal e indivisible¹⁷.

De allí que no compartimos en su integridad las siguientes afirmaciones: "puede haber un interés que no sea de un individuo, sino de un grupo como tal. El interés grupal importa a la corporación, no a las individuos que la componen. Por ello el titular es el grupo y puede accionar como tal"¹⁸. De manera diversa, estimamos que, en los daños colectivos, son damnificados los integrantes de la corporación, y no esta

dentro del nuevo texto constitucional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nos. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, págs. 125 y sigs.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J., "Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y a la vida", E.D., 154-719.

¹⁷ De tal manera, en el ejemplo que Zamoni, Eduardo A., *El Dato en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 448, suministra con la intención de demostrar la posibilidad de que personas jurídicas sufran un daño moral difamación contra una asociación civil de protección o cuidado, que malgrado los fines de asistencia y ayuda que persigue. A nuestro juicio y como lo hemos señalado en *Responsabilidad de Daños. Datos e las Personas. Integridad Espiritual y Social*, T. 2-C, Hammurabi, Buenos Aires, pág. 79: "en tal hipótesis, los verdaderos perjudicados son los asociados o quienes actúan el fin perseguido por la persona jurídica... Los fines extrapatrimoniales que pueden perseguir las personas jurídicas, sirven a sus miembros o a terceros en cuanto se trata de fines extrapatrimoniales; en el ejemplo anterior, la asistencia a los discapacitados lo reciben dichas personas físicas".

¹⁸ Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit., págs. 1958 y sigs. (la destacilla es nuestra).

mismo pues, si así fuera, se trataría de un daño moral individual de una persona jurídica. Distinto es admitir, como técnica pragmática, que el ente representativo de la corporación accione en nombre de quienes la integran, para perseguir un fin resarcitorio de otro modo dificultoso y para procurar un destino social que los satisfaga.

Cuando el interés colectivo afecta a toda la comunidad, reviste naturaleza pública, y entonces la acción puede promoverse por el Estado, "como corolario de su obligación de propender al bienestar de la comunidad"¹⁸.

c) La restricción a la legitimación actius en el Código Civil

En nuestro sistema legal, y salvo el supuesto de muerte de la víctima: "La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo" (art. 1078, Cód. Civ.), lo que ha sido entendido como un obstáculo al resarcimiento del daño moral sufrido grupalmente¹⁹.

Sin embargo, así como la expresión "damnificado directo" (en singular) no impide la indemnización en favor de una pluralidad de damnificados directos individuales, tampoco puede impedirlo por la sola circunstancia de que el interés lesionado pertenezca, sin fragmentación posible, a los miembros de un grupo. Éstos pueden ser damnificados directos, por su perjuicio global (expresiones discriminatorias contra discapacitados, homosexuales, etc.), en cuyo caso no existe ningún dique legal al ejercicio de la acción.

Se ha dicho que no existe un vínculo directo entre las personas y los intereses difusos o colectivos, ni relación de inmediatez en el disfrute²⁰. No obstante, la "difusión" en el goce (compartido sin divisiones) no es incompatible con su "inmediatez"; así pues, los habitantes de una ciudad pueden disfrutar "directamente" de las obras que componen su patrimonio histórico y cultural, aunque lo hagan "indiferenciadamente".

El problema de la legitimación se suscita cuando los integrantes del grupo vienen a ser damnificados indirectos; por ejemplo, si sufren por el acto discriminatorio que apunta concretamente hacia uno de ellos, y que tiene virtualidad expansiva mediata sobre la colectividad. Entonces sí existe un escollo legal a la invocación de un daño colectivo (art. 1078, Cód. Civ.) ya que los perjudicados grupales lo son indirectamente. Es preocupación de casi toda nuestra doctrina eliminar, en general, esa restricción a la legitimación activa por daño moral.

¹⁸ Aguilín, M. M. - Boragina, J. C. - Mesa, J. A., "El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental", J.A., 1983-IV-808.

¹⁹ Fizarro, Bardas., cit., pág. 384.

²¹ En contra: Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit., págs. 1058 y sigs.

d) El temor a la "catarata" de damnificados

Este argumento ha sido esgrimido, sea para introducir algún condicionamiento normativo en el reconocimiento del interés, sea para demostrar la imposibilidad práctica de resarcirlos, ante el tremendo peso económico que significaría la indemnización.

Esa inquietud se relativiza si se comprende que el daño es único (aunque repartido) y porque la exigencia de su certeza excluye de por sí las pretensiones inapropiadas, exageradas o delirantes: "el requisito de la certeza del daño pondrá un límite importante a esa nefasta consecuencia. En efecto, el daño no sólo debe ser *personal del accionante*, sino también cierto. Es evidente que un sujeto que vive en Jujuy no sufre ningún daño cierto por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia"²².

Además, la preocupación ante la cantidad de damnificados no puede frenar la reacción jurídica ante daños injustos.

e) Función de la condena: ¿pena o resarcimiento?

Se ha sostenido que, en los daños morales colectivos, la condena indemnizatoria constituiría una pena, no un resarcimiento; hablar "de una reparación colectiva de perjuicio espiritual, abstracto y grupal, importa tergiversar la esencia misma del daño moral y presentar, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, a lo que en realidad constituye una *penalidad impuesta por el derecho privado*, un castigo a quien con su actitud desaprensiva agravó intereses colectivos dignos de tutela"²³.

Igualmente, Saux opina que, de ordenarse "un reciclaje de los fondos hacia objetivos vinculados a la protección de los intereses que determinaron la litis", no habría propiamente un resarcimiento del daño moral, y que entonces "quizá sería interesante echar los ojos en la mecánica de los daños punitivos"²⁴.

Sin embargo, no se discute que poseen naturaleza resarcitoria los mecanismos de reparación en especie (art. 1083, 1ra. parte, Cod. Civ.) que eliminan o que disminuyen hacia el futuro el daño colectivo. Por ejemplo: la recomposición del hábitat alterado, los anuncios rectificadores de publicidad inexacta, la publicación compulsiva de sentencias condenatorias o de la réplica ejercitada contra actos discriminatorios, etcétera.

²² Kemelemer de Carlacci, Aida, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", en *Libro del Circulatorio de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1981, págs. 160 y sigs.

²³ Pizarro, R. D., *Daño...*, cit., pág. 204.

²⁴ Saux, E. I., "Acceso...", cit., págs. 135 y sigs.

La socialización de las consecuencias de la tutela, consente también el arbitrio de indemnizaciones dinerarias globales, calculadas en bloque y con destino grupal.

En sentido adverso, se afirma que la aplicación de técnicas de esa índole "desnaturaliza totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia, y se aproxima nitidamente a la vieja idea de la sanción al dañado"²⁵. Esta concepción es congruente dentro de una perspectiva individualista, que únicamente concibe la función resarcitoria cuando las indemnizaciones se destinan a fines particulares de las personas, con olvido de la posibilidad de una satisfacción social.

La idea según la cual "mal de muchos, consuelo para nadie", debe despertar franca resistencia, a la luz del sentido común de justicia.

El objetivo resarcitorio no se satisface a través de indemnizaciones punitivas, pues éstas presuponen la obtención de lueros injustos a través de una actividad dañosa y gravemente antijurídica (los cuales se procura eliminar, sancionando simultáneamente al dañado); mientras que la indemnización de los daños morales colectivos apunta a una compensación grupal, es independiente de las características del hecho lesivo y procede con abstracción de la situación económica ulterior del responsable.

IX. VALIACIÓN DEL DAÑO Y CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO

La mayoría de los daños colectivos son morales; por eso, debe agudizarse el ingenio para procurar soluciones indemnizatorias congruentes con su naturaleza y susceptibles de cumplir con un fin resarcitorio.

Las dificultades en la materia no pueden empañar la precdencia misma de la indemnización dineraria porque, como lo expresamos reiteradamente, "una incógnita de técnica jurídica no puede revertir en contra de una directiva axiológica: la imperatividad y la justicia de la reparación de todo daño inmerecido"²⁶.

Aun dentro de los tremendos obstáculos en el resarcimiento dinerario de perjuicios espirituales, nuestra mente está más preparada para evaluar los montos por perjuicios individuales, así sean plurales, pues la atención se focaliza caso por caso, víctima por víctima, y después se procede a la suma de los montos antes calculados singularmente.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños Causados a las Personas*, T. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 503.

En cambio, el perjuicio colectivo es por esencia complejo (simultáneamente único y fragmentado), consistente en un "daño global al grupo o clase"³⁷. Pues bien, congruentemente, la técnica tiene que variar: no hay posibilidad de adicionar montos, sino de evaluar una indemnización también única, que atienda su daño grupal indivisible³⁸.

En los daños particulares, el principio de "individualización" exige atender a las condiciones de la víctima, que singularizan su perjuicio concreto. En el daño colectivo, también deben valorarse las circunstancias del caso, con la diferencia de que se juzgan desde una perspectiva comunitaria (especialmente, en cuanto a la importancia del interés lesionado y al número posible de afectados). Utilizando la expresión de Ortega y Gasset, la evaluación del daño moral individual parte de "yo y mi circunstancia" (de la víctima), y la del daño moral colectivo de "nosotros y nuestra circunstancia" (de las víctimas que forman el grupo).

Sin embargo, existe aquí la dificultad de una mayor abstracción: se desconoce con precisión la cantidad de lesionados, cuáles son sus identidades personales y la magnitud del perjuicio sufrido por cada uno (esto es imposible, precisamente por no ser delimitable la porción respectiva del goce). Hay anonimato en los interesados, derivado de la masificación de su perjuicio; el juez no puede "visualizarlos", sino sólo en la característica grupal que los aúna.

No obstante, la mayor o menor cantidad de posibles lesionados por un daño colectivo, así sea a nivel aproximativo o genérico, será un parámetro esencial para mensurar el daño indemnizatorio. Así como el resarcimiento se magnifica si son múltiples los damnificados individualmente, no advertimos por qué no deba ser una guía en el resarcimiento de daños colectivos.

Al momento de fijar la cuantía indemnizatoria por daño moral, suelen naufragar las más sólidas y prolijas construcciones: por eso, aunque parezca secundario, reviste significación el examen de las soluciones concretas.

Y bien, la dimensión social del interés conculcado agrava de por sí el daño moral, ya que lo multiplica o propaga a través de los numerosos afectados difusamente, siquiera por ese factor cuantitativo. Una misma

³⁷ Conf. Venini, Juan C. - Venini, Guillermo, "El dato sociológico (especial referencia a los intereses difusos)", J.A., 1969-IV-852 y sigs.

³⁸ Coincidentemente, observan Agglio, M. M. - Boragina, J. C. - Mesa, J. A., "El sistema...", cit., pág. 908, que, más allá del fraccionamiento (indivisible) "entre quienes particularmente lo han sufrido, el daño se produce globalmente y entonces esa debe ser la dimensión de la condena resarcitoria", aunque pueda dividirse el monto de la condena. "Pero la división se hace por segmentos y no en unidades de medida, y por ello el dato es único o global y no una mera acumulación de perjuicios diferentes y singulares".

lesión espiritual es más seria cuando se sufre por los integrantes de una colectividad, y no únicamente por una o varias personas determinadas.

Igualmente agrava el daño moral la mayor o menor jerarquía que pueda revestir dicho interés social. Por ejemplo, no es igual el menoscabo de una obra del patrimonio cultural comunitario, si se halla emplazada en el centro de una ciudad y se conecta con sus vivencias históricas y cotidianas, que el de otra más o menos ignota y escondida en un museo con acceso a limitados visitantes.

Se advierte así que el principio de evaluación en concreto del daño, funciona no sólo en perjuicios espirituales individuales sino también en los daños morales colectivos.

X. EL DESTINO DE LA INDEMNIZACIÓN

¿Cual debe ser el destino de la indemnización, para que satisfaga colectivamente?

Bajo la premisa de la fragmentación del monto indemnizatorio entre múltiples damnificados, se plantea el interrogante sobre la manera de distribuirlo²⁹. Al respecto, Saux critica la posibilidad de calcular la asignación individual por cada agravio moral y de dividir la suma total obtenida entre los afectados; observa el autor que dicha solución, además de impracticable, parece más propia de un "grupo de dañados"³⁰ (es decir, de múltiples afectados, pero en intereses individuales).

Sin embargo, el reparto de la indemnización entre los damnificados colectivamente es sólo una de las técnicas posibles (y discutibles) para que aquella cumpla un destino social compensador.

Por eso, se opina que, si el monto resarcitorio se destina al patrimonio individual, "no será una compensación dineraria de la pérdida del bien colectivo, sino de la lesión que el individuo sufre como consecuencia de aquélla", por lo que se propone su envío a "patrimonios públicos de afectación específica"³¹. La solución es razonable, por guardar congruencia con la naturaleza colectiva del daño, en cuya virtud la compensación debe operar también a través de una afectación colectiva del objeto de la condena.

²⁹ Carrasco Ferrer, A., *El Derecho...*, cit.

³⁰ Saux, E. J., "Acceso...", cit.

³¹ Lorenzetti, R., "Responsabilidad...", cit.

Para satisfacer el fin resarcitorio, es suficiente esa idoneidad en el destino de la indemnización. Esto también basta en el resarcimiento de daños morales individuales, donde el juez no indaga ni controla la aplicación concreta que hace la víctima del monto indemnizatorio (sin perjuicio de los controles públicos o asociativos, en la indemnización de daños morales colectivos).

Aunque pueda ser conveniente reglamentar el destino social de los fondos indemnizatorios del daño colectivo, no es imprescindible. El objetivo resarcitorio, en especie o en dinero, ya está instituido en el artículo 1083, Código Civil; por tanto, si existe alguna técnica compensatoria apta (dentro de los límites de la indemnización de todo año moral), no existe impedimento legal para instrumentarla.

Destaca Stiglitz la necesidad de prever un "resarcimiento fluído", destinado a alimentar un fondo de garantía, que "permite una política de retorno o reciclaje de los importes de la compensación, en favor de la colectividad interesada, y con miras al cumplimiento de finalidades conexas al interés difuso tutelado en juicio"; especialmente, evitar nuevos daños análogos a los producidos y resarcidos²².

Si el monto indemnizatorio se destina a una finalidad comunitaria, queda satisfecha la función compensatoria del resarcimiento y marginada la interpretación de la condena como sanción ejemplar.

²² Stiglitz, G. A., "Mecanismos...", cit., págs. 321 y sigs. Recuerda el estar la ley brasileña 7347, de 1985, que disciplina la "acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, así como a cualquier otro interés difuso o colectivo", en la cual se dispone que las indemnizaciones dinerarias se giran a un fondo, con participación del Ministerio público y representantes de la comunidad, y cuyos recursos se destinan a la reconstrucción de los bienes lesionados.

DAÑO AMBIENTAL

GRACIELA N. MEISINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

I. CONTAMINACIÓN Y DERECHO AMBIENTAL

La revolución industrial fue la causa primordial de la contaminación del aire y del agua, sumada a la etapa agrícola que había agregado desechos derivados del uso de insecticidas, malos olores, basuras... Si bien la industrialización elevó considerablemente el nivel de vida del hombre, al incrementar el consumo aumentaron los contaminantes producidos por cada individuo; al mismo tiempo la demanda de uso exigió mayor producción industrial y consecuentemente el incremento de los residuos industriales¹.

El motivo más importante de polución es el crecimiento demográfico de los últimos doscientos años, producido como resultado del progreso económico y de la ciencia médica que permitió al hombre vivir más tiempo; se estima que el índice de población se duplica cada cinco años, calculándose que llegará a seis mil millones para el año 2000².

La "Sociedad del Futuro Mundial", que hace anticipos sobre lo que puede ocurrir en los próximos años, viene pronosticando desde hace

¹ Las Naciones Unidas estiman en un informe que, la población llegará a seis mil millones a fin del siglo. Si bien se anticipa que la humanidad crecerá en una tasa anual del 1,8% entre 1985 y 1990, las tasas varían considerablemente de una región a otra. Traducido esto a incrementos anuales significa que se agregan dieciocho millones de personas en África, nueve millones en América Latina, quince millones en el este de Asia incluyendo Australia y Nueva Zelanda, y siete millones en los países desarrollados.

² Los seres humanos y la población en vías de rápido crecimiento consumen cada vez mayor cantidad de energía total producida sobre el planeta. Si la población humana aumenta demasiado, los hombres tendrán que convertirse en herbívoros en lugar de carnívoros, porque no se dispondrá de suficiente energía para matarla en las cadenas alimentarias más largas, necesarias para criar animales cuya carne sirve de alimento.

tiempo sobre los problemas de la polución: para fines del siglo que viene una sola ciudad podría llegar a tener más de cien millones de habitantes; con la aplicación de la nueva tecnología, las poblaciones irremediablemente deberán crecer hacia abajo como ya lo han hecho hacia arriba, para poder acomodar más gente en un nuevo mundo subterráneo³.

Al comienzo del movimiento ecológico se atribuyó la protesta a alarmistas o excéntricos, pero las sociedades más desarrolladas han comprendido que la supervivencia importa regular legalmente los efectos de la tecnología, convirtiéndose en una cuestión básica de la política⁴.

La prospectiva en el tema de la contaminación ambiental —y su consecuente influencia en el derecho de daños— está dada por el paso de la era industrial a la tecnología limpia, el cambio de una sociedad industrial a una sociedad de la información⁵.

En tanto llegue esa era denominada por Toffler "tercera ola" signada por el ordenador (que reemplazará hasta los medios de locomoción de la era industrial), debemos concientizarnos de los riesgos del daño ambiental, y preguntarnos si el actual sistema de responsabilidad civil es suficiente para atender su reparación.

El ambiente considerado como totalidad, como integralidad es objeto de una nueva rama del Derecho que es el "derecho ambiental".

Persuadidos de la imposibilidad de encontrar soluciones en el sistema de responsabilidad civil, un grupo de juristas con criterios o principios distintos justificaron una disciplina propia. Sus sostenedores afirman y propugnan su independencia en el entendimiento de que el derecho ecológico forma una ciencia distinta que no podría encasillarse ni en el derecho público ni en el privado, pues este último rige relaciones particulares entre los individuos. Como dice Figretti, "el sistema de responsabilidad civil no fue pensado para atender las relaciones del hombre con la naturaleza"⁶.

El derecho ambiental se estructura sobre principios propios⁷ —recién en formación— y consiste en la novísima rama de la ciencia jurídica nacida en los prolegómenos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Hábitat Humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972.

³ Diario La Nación del 21-I-1987.

⁴ Leth, David - Ernst, Morris, *Control Legal de la Nueva Tecnología*, Marymar, 1974, pag. 7.

⁵ Naichitt, Jeta, *Atmósferas*, Métre, Madrid, 1983, pag. 47.

⁶ Figretti, Eduardo, *Derecho Ambiental*, Depalma, Buenos Aires, 1980: "La responsabilidad civil es patrimonial, de hombre a hombre. Por tal razón es difícil concebir la existencia de los denominados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que, en consecuencia, superan la relación patrimonial individual".

⁷ Boffi Boggaro, Luis María, *Trazado de las Obligaciones*, T. VI, Astrea, Buenos Aires, pag. 446.

Cano dice: "No estoy significando con tal afirmación que las normas legales que ahora son materia del derecho ambiental hayan empezado a ser adoptadas recién en esa oportunidad, algunas de ellas son en Argentina un siglo más antiguas pues aparecen en el Código Civil y en otras leyes finiseculares, pero el derecho ambiental como disciplina científica ha nacido en el momento en que se comprendió que el entorno era un conjunto, un todo, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí. Ésta es una novedad física y también sociológica sólo percibida y entendida en la última década"⁸.

El bien jurídico tutelado por este derecho del ambiente es la *calidad de vida*, no sólo referida a la idea de comodidad y de buenos servicios, sino que en sentido amplio incluirá dentro de este derecho los aspectos relativos a la alimentación, los del consumidor en general y de especialidades medicinales en particular. Lo mismo acontece en lo referente al valor de los órganos humanos, el derecho al deporte, a la información y a los aspectos culturales.

El medio ambiente comprende la recíproca influencia e interrelación entre una serie de elementos (los recursos naturales, el patrimonio histórico, artístico, urbanístico, paisajístico, entre otros) que en su conjunto constituyen un valor distinto de la suma de sus componentes singulares, tendientes a satisfacer las necesidades humanas de educación, información, salubridad, paz, etcétera.

Los principios del derecho ambiental —según Figretti— han dejado de ser tales en algunos países iberoamericanos por haber sido incluidos en la legislación positiva. "La nómina de ellos —enunciativa— contiene las siguientes menciones: a) eticismo y solidaridad humana (incorporados a las Constituciones de Perú, Cuba y art. 45 de la Constitución de España); b) enfoque sistémico de la biosfera; c) participación pública; d) interdisciplina; e) responsabilidad del contaminador; f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; g) uso racional del suelo; h) coordinación de actuaciones; i) ordenamiento ambiental; j) calidad de vida (trabajo y ocio); y k) cooperación internacional"⁹.

II. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

El derecho a la preservación de un ambiente sano está reconocido por el derecho internacional general y convencional, y, en particular por

⁸ Cano, Guillermo, "Introducción al derecho ambiental argentino", C.L., 154-115.

⁹ Figretti, Eduardo y otros, *La Responsabilidad por Daño Ambiental*, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, pag. 26.

la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ley 28.054, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313 de 1986, ambos con rango constitucional por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Antes de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la conservación del medio ambiente ya estaba implícito en nuestra Constitución Nacional, en el preámbulo y en particular en los artículos 14, 14 bis y 33, este último por el que se otorga a las provincias la facultad y el deber de proteger la integridad territorial. Atento a este reconocimiento tácito la doctrina reclamaba permanentemente la consagración expresa en la Carta Magna.

Felizmente, la reforma de 1994 lo proclama enfáticamente como derecho y como deber en el nuevo artículo 41:

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo".

Es indudable que se impone a todo habitante en doble calidad: de derecho "...gozan del derecho..." y como obligación "...tienen el deber de preservarlo...".

Se consagra así como un verdadero derecho subjetivo, entendido éste como la prerrogativa dada por el derecho objetivo al hombre y garantizada por las vías de derecho, de disponer de un bien reconocido como de su pertenencia, ya sea como suyo o siéndole debido (Dabín). El derecho a un ambiente sano es un *derecho personalísimo*, y como tal es inalienable, intransferible, absoluto, inviolable, vitalicio...¹⁰.

Como consecuencia de este reconocimiento el eje vector del derecho ambiental debe pasar por la *protección de la persona humana* ¹¹.

Se dan en este tema concordancias manifiestas y tendencias en la sanción de la Constitución Nacional de 1994, referidas a la persona humana, ya que al mismo tiempo que atiende la calidad de vida, lo hace no sólo desde el ambiente, sino consagrando sus derechos como consumidor.

En la era tecnológica los riesgos de empresa consisten justamente en la degradación del medio ambiente, especialmente los daños por residuos

¹⁰ Goldenberg, Hildón H., "Daños a los derechos de la personalidad", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Dr. Jorge Mosser Durvasse*, La Heca, Buenos Aires, 1993, pág. 326 y del mismo autor: *Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, págs. 219 y sigs.

¹¹ Masina de Estrella Gutiérrez, Graciela M., "Daños a la persona en la responsabilidad profesional", en *Las Responsabilidades Profesionales*, obra colectiva en homenaje al profesor Dr. Luis O. Anónimo, Plateno, La Plata, 1993, pág. 197.

peligrosos y la prestación de servicios defectuosos que provocan daños al usuario¹².

Entiendo que en el caso de la degradación del ambiente, la empresa es responsable por un factor objetivo de atribución, que es justamente el denominado "riesgo de empresa" que tiene su fundamento en el riesgo provecho¹³.

Los criterios economicistas de costos no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección¹⁴.

El Derecho vela para que el ambiente sirva al hombre y para que el crecimiento de las empresas garantice el futuro, lo que se denomina *desarrollo sostenible*.

La Declaración de Río de Janeiro sobre este tema recomienda a los Estados "desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la legislación respecto a las víctimas de contaminación y otros daños ambientales", instándolos a "cooperar de manera más decidida para elaborar nuevas leyes internacionales, por los efectos negativos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control en zonas situadas fuera de su jurisdicción" (principio 13). Asimismo el principio 15 dice: "Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Todo esto es prevención del daño ambiental.

Resulta prudente que en el derecho argentino vigente la ley 24.467 sobre Pymes (pequeñas y medianas empresas) haya encarado su reconversión en "consonancia con la preservación del medio ambiente y los standards internacionales que rijan la materia, estimulando la utilización de tecnologías limpias compatibles con un desarrollo sostenible"¹⁵.

¹² Las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, 1994, dijeron al respecto: "En el derecho argentino vigente, la actividad riesgosa es factor de atribución en distintas hipótesis atinentes al denominado riesgo de empresa, v.gr., las de responsabilidad por transporte de personas o de mercaderías, por accidentes laborales, y por prestación de servicios en el ámbito del derecho del consumo" (unánime).

¹³ En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1995—, sustenté mi disidencia con el despacho minoritario, en tanto éste entendió que la actividad industrial no es fundamento autónomo de responsabilidad. Por mi parte considero que —al igual que en el derecho italiano— la actividad industrial es un factor de atribución objetivo; el provecho que obtiene la empresa justifica por sí misma la responsabilidad, obrando si ha causado un daño al ambiente (ver en Cap. XII B, la "teoría del riesgo de empresa").

¹⁴ Segundas Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, despacho unánime de la Comisión 2, "Daño ambiental".

¹⁵ La recomendación de la ley 24.467 fue aprobada como de valor positivo en el reciente Congreso en Homenaje al 50º Aniversario de las Naciones Unidas, "Problemática de los riesgos derivados de la responsabilidad civil: su prevención y tratamiento", organizado por la Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, junio de 1996.

III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS ECOLÓGICOS O AMBIENTALES

Si bien coincide en la necesidad de protección ambiental de los sistemas vitales, los procesos ecológicos esenciales, la diversidad genética, la preservación de las especies y de los ecosistemas como objetivos del derecho ambiental, considero que en cuanto al *daño ambiental o ecológico*, se debe aplicar el sistema de reparación de daños que surge del Código Civil, con el enriquecimiento que la doctrina ha aportado y alguna reforma puntual como proponen los Proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial.

Desde las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983 que tuvieron como tema de la comisión: "Derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico" se declaró que: "La reparación de los daños y perjuicios producidos por la degradación del medio ambiente se rige por los principios generales de la responsabilidad civil" (rec. 3b).

En principio se debe establecer si "daño ambiental" o "daño ecológico" responden al mismo concepto. Según Carlos M. Clerc¹⁶ el ambiente comprende a la ecología por ser más amplio pues aparte de la biosfera está compuesto también por los recursos naturales inertes: la tierra, las aguas (hidrosfera), los minerales (litosfera), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos y fuentes primarias de energía, lo que magnifica su campo con relación a la ecología. Ese criterio aconseja utilizar el término "daño ambiental" por ser comprensivo del ecológico.

Hay coincidencia en que la degradación ambiental enrola en la categoría de *daño intolerable*¹⁷. Hoy el derecho de daños entiende que se trata fundamentalmente de los denominados riesgos de empresa, comprendiendo en ellos tanto los que producen la polución así como los perjuicios al consumidor y a los trabajadores a través de los daños laborales. En definitiva, con un enfoque moderno podemos hablar del débil del Derecho frente al profesional o experto¹⁸. Los débiles jurídicos ante la polución somos todos los habitantes de una determinada región, víctimas de esos daños anónimos e inevitables que nos trae el progreso —como decía Orgaz—.

¹⁶ Clerc, Carlos M. - Pigretti, Eduardo. *La Responsabilidad en el Derecho Ambiental*, págs. 71 y sigs.

¹⁷ Segundas Jornadas Marplatenses..., cit., conclusión unitaria.

¹⁸ La XV Jornada Nacional de Derecho Civil —Mar del Plata, 1985— sustentaron que "...resulta urgente armonizar las legislaciones sobre el medio ambiente en el ámbito internacional, y particularmente en el marco del Mercosur".

Pero el Derecho no se desentiende de las consecuencias del crecimiento económico y le pone los límites para que ese desarrollo sea en lo posible sin daños a terceros¹⁹. Por ello fue variando a medida de los tiempos su esquema de responsabilidad civil.

Tradicionalmente ella se interpretaba como la respuesta a:

- un daño ya ocasionado en la persona o en los bienes de otro;
- cuando se lesionaba un derecho subjetivo de la víctima;
- exigiéndose la antijuridicidad que podría estar dada por el incumplimiento contractual o la comisión de un ilícito (delito o cuasidelito).

Hoy la modificación del esquema del derecho de daños nos permite afirmar como tendencias:

- que se da tanta importancia a la prevención como al daño ya verificado;
- que no es necesaria la lesión a un derecho subjetivo sino que se llega a admitir el menoscabo a un interés serio no contrario a Derecho;
- que se concede el resarcimiento, en algunos casos, de daños causados sin ilicitud en el obrar; y
- fundamentalmente en este tema del daño ambiental, que se reconocen los intereses legítimos e incluye los denominados intereses difusos.

a) La prevención del daño ambiental

Se pone el acento en la prevención y evitación de los daños, antes que éstos comiencen a verificarse; la Comunidad Europea y sus directivas ha puesto en marcha programas de información al consumidor, consultas, en definitiva educación...

En nuestro país se resalta la necesidad de acciones preventivas con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia.

El artículo 41, 2da. parte de la Constitución Nacional proclama:

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales".

¹⁹ Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1990— recomiendan: "Dentro de las medidas de prevención, debe incorporarse en una futura legislación el estudio del impacto ambiental como requerimiento previo a la autorización de la actividad industrial con potencialidad contaminante".

El artículo 42 de la Constitución Nacional contiene, también, normas precisas para la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores de bienes y servicios.

Esta consagración constitucional, contempla también los mecanismos adecuados para hacer efectiva la prevención del daño ambiental.

b) Acciones

Para evitar el daño ambiental son procedentes las denuncias del daño temido como acción de fondo contemplada en el Código Civil y mecanismos procesales:

a) La primera está prevista en el artículo 2499 del Código Civil que dice: "Quien teme que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas procesales".

b) Las acciones procesales preventivas, las medidas cautelares que establece cada régimen procesal provincial o nacional.

c) La acción de amparo ha sido expresamente reconocida en la Constitución Nacional de 1994:

Artículo 43: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

La acción de amparo se reconoce "...contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor...".

La Constitución garantiza paralelamente los derechos de la persona frente a la contaminación ambiental y al consumidor, reafirmando, una vez más, la prioridad que el derecho de nuestro tiempo asigna al ser humano, frente al avance de la tecnología.

Junto a este reconocimiento legal a la prevención del daño posible, advertimos que la lesión al derecho subjetivo como recaudo ineludible de la acción ha dejado paso al derecho preventivo, sin necesidad de esperar que haya un derecho subjetivo conculcado.

c) Legitimados activos

Tradicionalmente la responsabilidad civil era un conflicto entre personas individualizadas; hoy se ha ampliado la nómina de actores y la legitimación concierne a:

- el afectado,
- el representante del pueblo (ombudsman en la Capital Federal),

- el Ministerio Público,
- las asociaciones, entidades cívicas que nuclean a la comunidad, tendientes a la protección de los intereses difusos: ésta es la novedad de nuestro tiempo.

Morello y Stiglitz sintetizan las nuevas categorías de legitimados activos, que responden a:

Intereses difusos: los que tiene una comunidad para conservar —por ejemplo— su flora, su fauna, la calidad de su entorno... Los "intereses difusos" son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto en particular sino el provecho general o grupal.

Intereses colectivos: los que detenta un grupo determinado de habitantes, por ejemplo los consumidores, la colectividad de determinado barrio, que pretenden evitar un daño a su interés.

Actualmente se reconocen estas acciones difusas o colectivas que pueden coexistir con un derecho particular conculcado.

El artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente a los legitimados activos colectivos y difusos cuando expresa: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Otro importante encuentro de civilistas en materia de daño ambiental tuvo lugar en Mar del Plata en 1992 en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros que, con la presidencia de los Dres. Roberto M. López Cabana y Carlos Parellada, dictaminaron: "En materia de daño ambiental es manifiesta la necesidad de acciones preventivas, con un nivel de eficacia apropiado a cada circunstancia".

IV. DAÑO AMBIENTAL

Cuando la lesión o el menoscabo han comenzado a verificarse, los legitimados activos (particulares o colectivos) pueden requerir la cesación o la reparación del daño, esta última en especie como determina el artículo 1083 del Código Civil, restableciendo las cosas a su estado anterior, o, dinerariamente para recomponer el perjuicio ya inferido.

La degradación del ambiente (que constituye un daño intolerable) puede significar para la persona un perjuicio a su patrimonio o un mal a sus derechos, facultades, en suma, a la persona misma.

Sé-pone en esta instancia en juego las normas y principios relativos a la responsabilidad civil contenidas en el Código, más el enriquecimiento aportado por la doctrina autoral y los fallos judiciales.

La finalidad del sistema de responsabilidad civil tiene justamente su fundamento en recomponer la situación de deterioro como lo prevé el artículo 1083, recurriendo a la función satisfactoria en dinero si la primera no fuera posible.

Este principio tiene ahora, a partir de la sanción de la nueva Constitución Nacional un reconocimiento en la ley suprema, el artículo 41 dice: "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley...".

Aun antes de la recepción expresa en la Carta Magna del derecho a un ambiente sano, se encontraba fundamento en el Código Civil en el artículo 2618 que nos habla de "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruido, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no debe exceder la norma de tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas".

Aída Kemelmajer de Carlucci²⁰ entiende que la norma funciona tratándose de vecinos, pero vecindad no significa que los inmuebles deban ser colindantes sino que se requiere contigüidad, lo que implica cierta proximidad física que permita la inmisión. La acción por inmisiones no sólo compete al propietario sino también al poseedor, al tenedor, al usufructuario, al usuario y a cualquiera que tenga la cosa con obligación de responder por ella (arts. 1110, 1085, Cód. Civ.).

La jurisprudencia comienza a legitimar a cualquier habitante para reclamar la prevención²¹ y aun la cesación del daño pero ¿sucede lo mismo respecto a la reparación? Agrega la jurista "aun admitiendo la tesis restrictiva de que el daño reparable debe ser personal y lesionar un derecho subjetivo o un interés legítimo, la pregunta sería si cualquier habitante —a quien la Constitución Nacional reconoce el derecho personalísimo de vivir en un ambiente sano— no ve lesionado un interés legítimo para accionar, cuando ese derecho se ve conculcado".

El requisito de certeza que debe cumplir el daño indemnizable pone un límite a los legitimados activos, efectivamente: "un habitante de Jujuy

²⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad civil por el daño ambiental", *separata de Anales del Circulatorio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año 1991.

²¹ Un fallo ejemplar en la materia fue dado por la Sala II, Cám. 1.ª Apel. de La Plata en autos: "Almada, Hugo Néstor c/ Copetto S.A. y otros s/ daños y perjuicios"; Trasu, Margarita c/ Copetto S.A.", "Blau, Juan J. c/ Copetto S.A." del 9-11-1993, con voto del Dr. Francisco Héctor Bonsereni. Es un pronunciamiento clave en el que se aplican los mandatos consagrados en la nueva Constitución Nacional sobre todo en lo que hace a la tutela y el amparo de los intereses colectivos y difusos.

ningún daño cierto sufre por la contaminación de la ciudad de Comodoro Rivadavia. En definitiva está legitimado todo el que acredita un daño personal cierto²¹.

Pero un interrogante aún mayor sólo respondido por la moderna corriente procesalista de los intereses difusos concierne a ¿es posible que el patrimonio cultural, ecológico, arquitectónico, que es de todos, pueda no ser cuidado por nadie? El moderno derecho procesal contesta que en la prevención debe legitimarse a aquellos que ostentan un interés, aunque no sea exclusivo, se ampara al interés difuso, el que no pertenece a ningún grupo ni es exclusivo de una persona, sino de todos.

Cuando el daño se genera a un particular, la respuesta está dada por las normas vigentes y la extensión del resarcimiento abarca todas las consecuencias que estén en adecuada relación de causalidad. Si, por el contrario, el daño es colectivo o difuso y la reparación es pecuniaria, no queda claro cuál es la persona de derecho que tiene un crédito de indemnización. La solución más justa, interpretamos que está en darle a esa retribución pecuniaria la finalidad de reparar si fuera posible, o retribuir de alguna manera a la comunidad dañada por el perjuicio sufrido. Si no es posible destinarlo a compensar de esa manera, la doctrina entiende que debe remitirse a un fondo de garantía que serviría a su vez de resguardo ante demandados insolventes.

Los *legitimados passives* también se han ampliado en este tema; se admite que se puede demandar:

- a quien degrade el ambiente;
- al Estado cuando autoriza o consiente la actividad u omite ejercer el poder de policía;
- a los funcionarios públicos, en su caso, por incumplimiento de sus funciones en el marco del artículo 1113 del Código Civil.

Un problema que se presenta en la contaminación ambiental concierne al desconocimiento del verdadero autor del daño, presumiéndose muchas veces la concurrencia de algunos o varios de los agentes contaminantes. En tal caso se posdrán en marcha los mecanismos previstos para el supuesto de *daño colectivo*²².

Respecto al *factor de atribución*, la doctrina entiende que, según los casos, puede tratarse de un fundamento subjetivo, u objetivo. Me inclino personalmente por reclamar en todos los casos por este último factor de atribución basado en la teoría del riesgo, ya que estamos frente a actividades riesgosas con utilización de cosas, como son las que generan las empresas contaminantes²³ (art. 1113, 2da. parte, 2do. párr., Cód. Civ.) y,

²¹ Estos conceptos fueron todos receptados en las II Jornadas Registres de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992, comisión sobre "Daño ambiental".

²² Conclusiones de las VI Jornadas Registres de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junin, 1994.

por otra parte, sería prácticamente imposible reclamarle a la víctima que pruebe el dolo o la culpa del que generó el riesgo²⁴.

Para los supuestos excepcionales que se contaminen con culpa, ésta debe presumirse por daño producido por efecto de las cosas. (art. 1113, 2da. parte, 1er. párr., Cód. Civ.). Son cosas, por aplicación del artículo 2311 del Código Civil, la energía, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación (fuerza solar, frigorías, energía calórica, las vibraciones, etc.).

Ya en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, se propició dar entrada a la responsabilidad objetiva de la segunda parte del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil por los daños producidos al medio ambiente con intervención de cosas, y se proclamó la responsabilidad colectiva cuando no pudiera identificarse al autor del daño dentro de un grupo (rec. 6º y 6º a).

Los últimos años han sido trascendentes en materia de reconocimiento de los derechos de la persona, tanto es así que muchas de las páginas de este libro, en su primera edición, han quedado desactualizadas, por el reconocimiento legal a los reclamos que en los encuentros científicos demandábamos, tanto en daño ambiental como en la protección del consumidor, en el reconocimiento que los derechos inalienables del ser, a su vida, a su integridad física.

Y es que nada menos que la Constitución Nacional con su reforma de 1994 vino a consagrar estos derechos personales, amén de las leyes menores que se dictaron en la misma dirección. Todas ellas permiten conectar la *protección del ambiente y la protección al consumidor*.

En realidad la nueva base normativa está protegiendo a la persona de las distintas hipótesis atinentes al denominado riesgo de empresa como la contaminación ambiental y la prestación de servicios en el ámbito del derecho del consumo.

Así, las nuevas normas constitucionales:

- 1. Tienen por finalidad preservar la *calidad de vida*.
- 2. Atienden a la *prevención* antes que al *daño*.
- 3. Ubican al medio ambiente y al consumidor como víctimas dignas de protección frente al riesgo empresarial.
- 4. Reconocen la posibilidad del reclamo individual o colectivo.

Las otras leyes dictadas en los últimos años en la Argentina son congruentes con estos principios. Podrá aceptarse su normativa o criticarlas parcialmente por algunas de sus soluciones, pero lo que es indudable que todas tienden a la protección del hombre garantizando aquéllas.

²⁴ Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1986— confirman que "la responsabilidad civil derivada de daños ecológicos es objetiva".

La ley 24.240 tiene por finalidad la protección de la salud. El estatuto del consumidor protege la vida, la salud, y la integridad contra los accidentes del consumo.

Se relaciona con otras leyes dictadas en los últimos tiempos que tienden a preservar el normal funcionamiento de los mercados en condiciones de transparencia, competitividad, lealtad y calidad.

Se integra con la Ley de Defensa de la Competencia 22.282 y la Ley de Lealtad Comercial 22.802.

Otras normas específicas que integran la protección del consumidor y el medio ambiente son: la ley 24.065 que regula la prestación del servicio público de transporte y la distribución de electricidad; ley 24.076 sobre prestación de gas natural; decreto 1185/92 de prestación de las telecomunicaciones; decreto 999/92 que reglamenta el servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales; y ley 24.051 de Residuos Peligrosos.

V. LEY 24.051 DE RESIDUOS PELIGROSOS

Anterior a la reforma constitucional de 1994 ya manifiesta "se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos" (igual art. 41, Const. Nac.).

La ley 24.051 define al *residuo peligroso* como "todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" (art. 2°). Parece acertada la definición porque ella localiza la categoría de "peligroso" desde la óptica de la causación del daño. El decreto 83L/93 conceptúa al residuo como "todo material que resulte de desecho o abandono".

Se incluyen:

- a) los residuos enumerados en el Anexo I de la ley (corrientes de desechos),
- b) los que resulten de explosivos, líquidos inflamables, sólidos inflamables, sustancias o desechos susceptibles de combustión, explosivos, inflamables, corrosivos, tóxicos descriptos en el Anexo II,
- c) las sustancias que dan origen a otra que posea características de peligrosidad,
- d) los residuos patológicos (art. 19, ley 24.051).

Se excluyen:

- a) los residuos domiciliarios,
- b) los radiactivos,
- c) los derivados de las operaciones normales de buques.

La *responsabilidad civil* emergente de los daños causados con residuos peligrosos tiene estas características:

a) Se consagra el residuo peligroso como una "cosa riesgosa" a los efectos del artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil, encuadrándose en la responsabilidad objetiva.

b) Los sujetos responsables: el generador es responsable independientemente de su calidad de dueño o guardián. "Generador de residuos es quien lo produce" (art. 14), y resulta "responsable en calidad de dueño de los mismos" (art. 22). Esta responsabilidad "no desaparece por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento" de los residuos (art. 46) ni frente a terceros por la transferencia de dominio (art. 46).

Se consideran "guardianes" del residuo peligroso, a los efectos del artículo 1113, 2da. parte, 2do. párrafo del Código Civil, el transportador de los residuos y el titular de la planta de tratamiento y disposición final (arts. 31 y 44).

c) Las eximentes de responsabilidad objetiva contienen un agravamiento a las dispuestas por el respectivo artículo 1113 del Código Civil "El artículo 47 de la ley 24.051 contiene una nueva exigencia, cual es la demostración que de su parte empleó el debido cuidado y atendió todas las circunstancias del caso con el objeto de evitar la acción del extraño"²⁴.

Esta es la nota más destacada de la responsabilidad que dispone la ley 24.051, ya que, "para que la culpa del tercero pueda ser invocada útilmente, debe ser inevitable, vale decir, constituir un caso fortuito"²⁵.

La Ley de Residuos Peligrosos establece pautas de seguridad para los generadores (arts. 14 a 21) y los transportistas (arts. 23 a 32).

La Ley de Unificación Legislativa de 1967 en la redacción del artículo 2619 del Código Civil extiende a toda persona que pueda ser perjudicada, aunque no se trate de vecinos, el ejercicio de la acción prevista en el artículo 2618 del mismo Código, que se refiere a la indemnización por molestias ocasionadas por humo, olores, calor, luminosidad, ruidos, vibraciones o "daños similares". La vetada ley con el artículo 2619, daba entrada en la normativa del Código Civil al reclamo por daño ecológico, legitimando activamente a todo sujeto que "pueda ser perjudicado".

VI. POLÍTICA INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Con posterioridad a la Conferencia de Estocolmo, e inmediatamente después, en octubre de 1972, se realizó una reunión de jefes de Estado y

²⁴ Jacobo, Gabriel - Rouges, Carlos, *Regímen Legal de los Residuos Peligrosos (Ley 24.051)*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 76.

²⁵ Alberini, Attilio A. - Arenal, Oscar - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

de Gobierno celebrada en París (Cumbre de París). Se formula una Declaración Política en la que se recoge la preocupación por el medio especialmente en el seno de organizaciones internacionales²⁷.

Declara once principios formulados ya por los ministros del Medio Ambiente reunidos en Bonn en 1972, de los que se destacan: la necesidad de acciones preventivas, la responsabilidad del contaminador y el nivel de acción apropiado.

El 18 de diciembre de 1971 se firmó en Bruselas un Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, creando un capital de garantía para hacer frente a los daños causados por la contaminación ambiental de hidrocarburos, complementario del Convenio por daños que reconocen el mismo origen, celebrado en Bruselas en 1969.

En los considerandos se expresa que la firma del Convenio ha surgido como toma de conciencia del peligro de contaminación que crea el transporte marítimo internacional de hidrocarburos a granel y con el fin de lograr una indemnización adecuada a las víctimas de daños provocados por los derrames de hidrocarburos²⁸.

El Convenio Internacional por Responsabilidad Civil (año 1969) por daños causados por la contaminación de hidrocarburos constituye un avance considerable al incluir dentro de su régimen, tanto a los daños producidos a los Estados contratantes por la contaminación, así como los costes de las medidas preventivas adoptadas en cualquier lugar para evitar o limitar los accidentes.

El Convenio de 1971 establece un fondo de garantía que se destina a la indemnización cuando el responsable es insolvente o por cualquier otro motivo no pueda hacer frente a ella, revistiendo entonces el carácter de subsidiaria. El recurso creado por el Convenio no sólo se aplica a las indemnizaciones de daños causados por la contaminación ambiental sino también a los gastos para prevenir o evitar los daños ecológicos causados por los hidrocarburos.

Como la responsabilidad se basa en un factor objetivo de atribución, la indemnización es tarifada con un tope de cuatrocientos cincuenta millones de francos.

²⁷ Mateu Isturiz, José F. y otros, *La Protección de los Consumidores y el Medio Ambiente en la Comunidad Económica Europea*, Tivium, Madrid, págs. 127 y sigs.

²⁸ Los daños producidos por la contaminación ambiental que tienen su origen en los hidrocarburos son una preocupación constante por la frecuencia con que se producen y la magnitud alcanzada por los perjuicios. Dice *La Nación* en una editorial del 23-I-1983 bajo el título "Contaminación en el Atlántico Sur" que un investigador del Instituto Antártico Argentino ha encontrado altas concentraciones de compuestos químicos derivados del petróleo, en las aguas del Atlántico Sur. Las sustancias en cuestión son peligrosas porque se presentan como cancerígenas aun en concentraciones pequeñas.

En la Declaración de Río "Eco 92" se suscribió por los países latinoamericanos el siguiente compromiso —entre otros—: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible".

Y en cuanto a las obligaciones de los Estados signatarios: "...Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos...".

El lema que asumieron los países comprometidos propiciaba un *progreso sin contaminación* y se encargaba a los órganos con poder de decisión, la elaboración de un programa de acción en materia medio ambiental.

No podemos dejar de advertir que el daño ecológico sería parcialmente tratado si lo enfocamos desde un punto de vista solamente nacional. No debemos olvidar que la defensa del medio ambiente, por su misma naturaleza, exige una acción conjunta. El hecho de que la contaminación no se detenga en las fronteras, unido a que la política ambiental de un país puede suponer graves perjuicios para el vecino, es una de las razones de su internacionalidad.

Estos principios dieron nacimiento —entre otros tratados— a la política comunitaria del medio ambiente que consta en la Declaración del Consejo de Comunidades Europeas de diciembre de 1973.

El primer programa de acción en materia de medio ambiente ha fijado como objetivos: prevenir, reducir y suprimir —en la medida de lo posible— la contaminación ambiental; mantener un equilibrio ecológico satisfactorio; evitar toda explotación de los recursos y del medio natural; orientar el desarrollo hacia una mejora en las condiciones del trabajo y del marco de vida; buscar soluciones afines con terceros Estados; los costas no pueden prevalecer sobre la protección de la persona humana en toda su proyección.

Falta en nuestro país una urgente armonización de las legislaciones provinciales y de los países del Mercosur. El Tratado de Asunción, fundacional del Mercosur, contempla la "preservación del medio ambiente" (Prelámbulo).

VII. LAS POSIBILIDADES ASEGURATIVAS DEL DAÑO AMBIENTAL

Las exigencias de que la víctima sea resarcida efectivamente aconsejan que, junto con la atribución objetiva de responsabilidad, sea implantado el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, articulado con fondos de garantía y con mecanismos de pronto pago²⁹.

²⁹ VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junio 1994 y

Para facilitar el régimen de seguro forzoso sería conveniente la fijación de criterios cuantitativos para la atribución objetiva del deber de reparar, sobre la base de topes, tablas o baremos, u otro mecanismo idóneo, sin perjuicio de su ampliación cuando concurriera un factor de atribución subjetivo.

La doctrina nacional entiende que el seguro es una herramienta efectiva para la prevención, indemnización y recomposición del daño ambiental, pero las soluciones que brinda son necesariamente limitadas. Ello porque no puede constituirse técnica ni fácticamente, un fondo de primas suficientemente importante para satisfacer el costo de eventuales reparaciones.

Los siniestros derivados del daño ambiental revisten gran intensidad y la única manera posible de conciliar seguro y siniestralidad resulta de la limitación cuantitativa de la indemnización prometida.

Alrededor de los años '70 en la Comunidad Europea se asiste a la toma de conciencia de los graves riesgos de la polución, lo que lleva a las compañías aseguradoras a establecer sus recomendaciones en los contratos de seguros de responsabilidad civil de la explotación empresarial siempre y cuando ellos fueran accidentales.

La garantía del seguro enmarcado en la aleatoriedad del siniestro requiere que la contaminación de la empresa provenga de accidentes, es decir, que resulten por ejemplo de la corrosión imprevista de los materiales. Como dice Lambert-Faivre³⁰ "debe estar estrictamente mantenida la exigencia de la imprevisibilidad del hecho causal desde el punto de vista del seguro: nosotros diríamos —agrega Lambert-Faivre— su carácter aleatorio". La polución aceptada y conocida por la empresa no es asegurable en derecho... los aseguradores serían en tal caso los cómplices financieros de los contaminadores impenitentes, a despecho de las políticas de preservación del entorno.

En Francia el 1° de julio de 1977 fue creado el "Grupo de Aseguramiento de Riesgos de Polución y otros atentados al entorno", denominado GARPOL.

GARPOL funcionó desde 1977 hasta 1989 en que se transformó —con cuarenta y nueve empresas aseguradoras— en el grupo denominado ASSURPOL, que a su vez tiene catorce sociedades de reaseguro. Este sistema de pool opera repartiendo los riesgos y las primas a prorrata de la participación de cada sociedad. Tiene una capacidad financiera de ciento treinta millones de francos.

Compro en Homenaje al 50° Aniversario de las Naciones Unidas, Universidad del Museo Social Argentino, junio 1985.

³⁰ Lambert-Faivre, *Yvonas, Risques et Assurance des Entreprises*, 3° ed., Pichon Dalloz, Paris, 1981, págs. 667 y sigs.

Un importante sector de la doctrina reunido en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil —Mar del Plata, 1983— propuso en lo que hace a la tendencia socializadora de los daños: "debe implementarse la cobertura asegurativa obligatoria del riesgo de responsabilidad civil por contaminación ambiental, debiéndose también prever la creación de un fondo de garantía y el reconocimiento a la víctima de un derecho propio a la indemnización".

Se recomienda en las reuniones de expertos, sobre la conveniencia de establecer fondos de garantía y *pool* de aseguradoras y fondos de indemnización: "para evitar, entre otras eventualidades, las insolvencias de las compañías aseguradoras, resulta prudente formar fondos de garantía".

"Atento la magnitud del posible daño al medio ambiente cabe propiciar la formación de fondos de indemnización con aportes de las empresas que puedan afectar al ambiente por sus actividades, de manera que permitan encarar la reparación y recomposición debidas"²¹.

²¹ Recomendación del Congreso en Homenaje al 50º Aniversario de las Naciones Unidas, *cit.*

EL ESTADO DE NECESIDAD Y LOS DAÑOS OCASIONADOS

RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

I. ESTADO DE NECESIDAD. GENERALIDADES

El estado de necesidad tiene en el Derecho diferentes enfoques aunque en esencia constituya un concepto unívoco, es en definitiva una situación sociojurídica que constituye un fenómeno digno de atención.

Para el derecho penal es una causal de justificación de la conducta por exclusión de la ilicitud y, consecuentemente de inimputabilidad de su autor. Aunque Soler aclara, siguiendo a Carrara, que su estudio como institución autónoma y sistemática, dista mucho de haber llegado al nivel de perfeccionamiento que alcanzara la legítima defensa; y por otra parte, como principio y en su ubicación en la parte general del derecho penal es obra de la sistemática moderna¹.

De esa manera, en la doctrina penalista española el profesor Cuello Calón enseña que los tratadistas clásicos, especialmente los italianos, no emplean la denominación de "estado de necesidad", ni lo estudian como una causa de exención de responsabilidad, sino como un supuesto de fuerza mayor, o de carencia de libre voluntad, llegándose a identificar con la legítima defensa, ya que la "violencia moral" sería la única causa de ambas situaciones².

¹ Soler, T. I, *Derecho Penal Argentino*, T. I, 1.ª reimpresión, Tru, Buenos Aires, 1981, pág. 419, nro. 33. Cuello Calón, *Derecho Penal*, T. I, revisado y puesto al día por Carraga Hernández, 1.ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, pág. 405. Jiménez de Azúa, *El Crimenolista*, T. III, pág. 76. Escobarveras - Nisperosy, *Derecho Civil*, Parte General, T. I, Vol. II, 2da. parte, trad. Pérez González y J. Alguar, 3.ª ed. española puesta al día por Hernández Moreno y Gela Alonso, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 1026, nro. 241.

² Cuello Calón, *op. cit.*, T. I, pág. 406. Una situación muy particular es la que plantea Soler, al traer la tesis de Menges quien diferencia según la importancia del bien.

En el derecho civil dicha temática tiene otra dimensión: se lo puede observar dando virtualidad a la invalidez de la manifestación de la voluntad, muy cercano a la violencia moral³, o bien (en el aspecto donde se centra este estudio) como un supuesto de causa excusable de la responsabilidad civil⁴.

Tiene sus antecedentes cuando el estado de peligro proviene de la naturaleza, o del "terror ambiental", como lo adjetivizan con maestría el Dr. Roberto Brubbia en nuestro medio y el profesor De Castro en la doctrina española⁵; o bien por un hecho humano que tiene la finalidad de modificar la voluntad del sujeto impidiendo el desarrollo del libre consentir, tal el ejemplo de la jurisprudencia francesa donde se anuló un acto, pues el capitán de un buque en peligro cierto de naufragio, aceptó pagar una suma exorbitante de dinero al dueño de un remolcador para su salvataje⁶.

sacrificando; afirmando que el hecho es lícito si el bien salvado es menos valioso, siendo ilícito en el caso opuesto, e irrelevante cuando los bienes jurídicos son equivalentes. Soler, *J. op. cit.*, T. I, pág. 420.

³ Campagnacci de Caso, *El Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 307, nra. 101. Brigaglio, *El Estado de Necesidad en el Derecho Civil*, trad. García Amigo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 5. Flour-Aubert, *Essai Les Obligations*, T. I, A. Colin, Paris, 1975, nra. 229, pág. 174. Yacquier de Tolosa, *Responsabilidad Civil Contractual y Extraccontractual*, T. I, Reus, Madrid, 1993, pág. 137.

⁴ El estado de necesidad no se encuentra previsto expresamente en la legislación civil. Se siguió la orientación ideológica de las codificaciones del siglo XIX. Se encuentra legislado en los códigos civiles de Italia (art. 2045), Federal Suizo de las Obligaciones (art. 37) en el alemán (B.G.B. par. 54) en el de Portugal de 1967 (art. 338); en el de Brasil (arts. 1519 y 1520), etc. En Francia, España y nuestro país, es el derecho penal el que surge de guía para el estudio de la figura, con las correcciones que corresponden al derecho privado. Para los antecedentes romanos de la figura Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Civil Moderno*, T. V, trad. Elio Inardier, Reus, Madrid, 1923, pág. 260, nra. 165.

⁵ La denominación de "terror ambiental" es interesante y existe, según sus propagadores, cuando el temor o la intimidación por la cual obra el sujeto proviene de una amenaza producida por el medio ambiente en que actúa, ante una situación de temor dada por el "ambiente revolucionario", muchas veces más fundada en el comportamiento delos de quien pretende aprovecharse de un estado determinado, que en el temor inoperable existente en el espíritu del damnificado. Brubbia, *Hechos y Actos Jurídicos*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 454, coment. al artículo 940, señala el profesor que este concepto no surge en nuestro derecho, ya que el artículo 937 del Cód. Civ., exige las amenazas injustas provenientes de otra persona. La CSJN rechaza reclamos fundados en el "terror ambiental" ante reclamos de anulación de una donación hecha antes de 1955, a una fundación vinculada al Gobierno nacional de esa época, ante el incumplimiento de las resoluciones previstas en los arts. 937 y 938 del Cód. Civ. (CSJN, E.D., 8-367, *Ateneo Cam. 3° ed., La Plata, Sala II, E.D., 22-390*). Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 141, nra. 183, señala que el Supremo Tribunal Español ha rechazado reclamos de anulación de contratos realizados en ambientes "intelectuales o hostiles" pero no se había probado la intimidación directa y concreta del acto impugnado (S.T.E., senta. del 4-VII-1944, 10-VI-1947 y 28-X-1947).

⁶ Caso fallido por la Corte de Casación francesa que invalidó el acuerdo, considerando que el consentimiento estaba viciado por el estado de necesidad. *Dalloz*, 1868-1-263.

En cambio, cuando se causa un daño a otro que tuvo como objetivo evitar un mal mayor, entramos en el terreno de la responsabilidad extracontractual y el consiguiente interrogante sobre el elemento justificante del accionar u omitir dañoso⁷. El problema, como señala Acuña Azorena, queda planteado en el debido interrogante de si corresponde o no a la resarcibilidad de los perjuicios ocasionados en estado de necesidad⁸.

II. CONCEPTOS

Si bien se han brindado muchos conceptos de la figura podríamos decir que: "Es una posición jurídica de quien, para evitar un mal mayor a su persona o bienes, causa un daño a otro que no es autor del peligro".

Savatier define al estado de necesidad como "una situación que aparece como único medio para evitar un mal más grande o igual, causando un mal menor o igual"⁹. Y entre nuestros juristas, Liambias dice que hay estado de necesidad, como causa eximente de responsabilidad, "...cuando alguien para evitar un mal grave e inminente al que ha sido extraño, causa un daño a otro; en tal caso él no incurre en responsabilidad si el perjuicio ocasionado es incomparablemente inferior al evitado y no ha habido otro medio para impedir éste último"¹⁰. Orgaz afirma: "Es una situación en que

Carbonnier, *Derecho Civil*, T. II, Vol. II, trad. Zorilla Ruiz Bosch, Barcelona, 1960, pág. 298. Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 345, autor que tras la referencia del artículo 127 del Código de la Marina Mercante Italiana, que decreta el valor vinculado a las relaciones o promesas de necesidad por asistencia o salvamento cuando sean hechas en el momento del siniestro o en el medio del mar.

⁷ Savatier, R., "L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle", en *Études de Droit Civil à la Mémoire d'Henri Capotoni*, Dalloz, Paris (separata), pág. 710. De Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, T. II, 7ª ed., Ferense, Rio de Janeiro, 1963, pág. 148, nro. 217. Vinay, G., "La responsabilité conditionnée", en Gaustin, *Traité de Droit Civil*, T. IV, L.G.D.J., Paris, 1962, pág. 680, nro. 648. Borda, *Traité de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 240, nro. 1235. Colombo, *Código Aquilano*, T. I, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1963, pág. 174, nro. 75.

⁸ Acuña Azorena, "El estado de necesidad en el derecho civil", en *Estudios de la Responsabilidad Civil*, Platense, La Plata, 1963, pág. 133. Liambias, *Traité de Derecho Civil. Obligaciones*, T. III, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 640, nro. 2420. Rezzonico, *Estudio de las Obligaciones*, T. I, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 187.

⁹ Savatier, "L'état...", cit., págs. 729 y sigs.

¹⁰ Liambias, op. cit., T. III, pág. 640, nro. 223. Cassaux, P. - Trigo Represas, F., *Derecho de las Obligaciones*, T. I, 3ª ed., Platense, La Plata, 1967, pág. 712, nro. 629. Alterini - Amal - López Calzava, *Curso de Obligaciones*, Vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 179, nro. 385. Acuña Azorena, "El estado de necesidad en el derecho civil", L.L., 11-24, Sec. Doc., y en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, Platense, La Plata, 1963, pág. 133. Rezzonico, op. cit., T. I, pág. 187. Saboni - Acuña Azorena, *Traité*

se halla una persona que, para apartar de sí o de otra un peligro inminente que amenaza sus bienes personales o patrimoniales, causa legítimamente un mal menor a un tercero que no es autor del peligro¹¹.

Por su parte Trigo Represas lo define así: "ante la existencia de una situación fáctica de peligro grave e inminente que amenaza a una persona o a sus bienes y que sólo puede ser conjurada para salvar a los mismos, ocasionando un daño a otra o a un tercero"¹².

III. ESTADO DE NECESIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA

El estado de necesidad tiene un cercano parentesco con la legítima defensa, incluso algunos autores sostienen que esta última es una de sus especies. En ambas figuras alguien reacciona para salvar a otro o a sí mismo, de un mal cercano, inminente y grave; en la legítima defensa el origen es una agresión humana, en el otro supuesto puede ser también obra de las fuerzas naturales¹³.

Siempre, el derecho que deriva y es consecuencia de la protección que da el estado de necesidad, tiene una dependencia inmediata con los resultados objetivos; de allí que, como enseña Von Tuhr, si alguien cree hallarse en estado de necesidad (putativo), o toma una medida exagerada e innecesaria (exceso), el acto es ilícito y se expone a la legítima defensa del titular del bien atacado¹⁴.

de Derecho Civil Argentino. *Formas de las Obligaciones*, T. IV, 2ª ed., Trea, Buenos Aires, 1958, pág. 43, nro. 3725. Moscoso Iturrigaray, *Responsabilidad por Daños*, T. III, Editor, Buenos Aires, 1980, rep. 85. Fariñas Evarín, *Responsabilidad Extracontractual*, Buenos Aires, Ramos, Montevideo, 1964, pág. 260, nro. 140.

¹¹ Orgaz, *La Necesidad*, Lerner, Buenos Aires, 1974, pág. 127, nro. 5. Carranza, "El llamado estado de necesidad en el derecho civil", J.A., 1967-V-300.

¹² Carreras, P. - Trigo Represas, F., op. cit., T. I, pág. 712, nro. 525. Trigo Represas, *Tratado General de la Reparación Civil: las Eximentes (Responsabilidad Civil)*, Arca, Córdoba, 1997, pág. 302. Kerschbaumer de Carlacci, en *Código Civil Comentado*, T. V, Belluscio (dir.) - Zanoni (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 7. Alterias - Ameal - López Cabana, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 163, nro. 385. Baffi Boggiani, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 101, nro. 398. Von Tuhr, *Derecho Civil*, T. III, Vol. II, trad. T. Ravé, Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 305, nro. 97. Latou-Auzard, *Traité Pratique de la Responsabilité Civil*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1962, pág. 225, nro. 302.

¹³ Llambras, op. cit., T. III, pág. 641, nro. 3350. Acuña Anzorrena, op. cit., pág. 136. Barón, op. cit., T. II, pág. 242, nro. 1337. Orgaz, op. cit., pág. 131. Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, trad. W. Koers, T. I, Reus, Madrid, 1934, pág. 271.

¹⁴ Von Tuhr, *Derecho Civil*, op. cit., T. III, Vol. II, pág. 309, nro. 97, quien hace saber que, tanto la legítima defensa como la justicia por mano propia o autoayuda, no dependen —como en el estado de necesidad—, de una relación entre dos valores sobre los bienes en juego. Véase en Encarnación - Nipcedey, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 1096, nro. 241. Brugglio, op. cit., pág. 48.

IV. CASOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

Para ejemplificar sobre la necesidad se brindan hechos de lo más variados: alijar un buque o un avión para evitar un accidente; el hurto familiar; la rotura de una puerta para auxiliar a alguien en un incendio; operaciones quirúrgicas donde, para salvar la vida de alguien, se sacrifica la de otro; en los accidentes de tránsito como el caso del lesionado en el transporte porque el conductor del autobús para evitar arrollar a un menor embiste a un árbol; etcétera.

También refiere Lalou algunos casos juzgados por la jurisprudencia francesa: daños producidos por los bomberos a una finca para impedir la propagación del fuego; o que la crisis de vivienda no exoneró de responsabilidad a una asociación que propició la ocupación violenta de un local; o el caso de quien por razones de urgencia ejerce ilegalmente la medicina para curar a un herido grave; o el ejemplo que también trae Savatier, del médico que para salvar a la madre sacrifica al niño; o el amenazado de quemarse que utiliza y deteriora una lona o una manta ajenas¹⁵.

V. ELEMENTOS DEL ACTO NECESARIO

Los elementos que lo configuran son los siguientes: a) el peligro actual de sufrir un daño en un bien jurídico; b) que la situación de necesidad no haya sido causada por la persona amenazada; c) que no exista otra vía para eludir el peligro; y d) que el daño que se ocasiona sea menor al que se evita¹⁶.

a) Peligro de daño

El peligro del daño debe ser actual, tomándose ello con un sentido de inminencia en la posibilidad de provocarse el evento dañoso. Si fuera fu-

¹⁵ Lalou-Auzard, *op. cit.*, pág. 225, nro. 301. Savatier: "L'État.", *cit.*, pág. 352. Mazeaud - Tunc, *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*, trad. Alasá Zamora, de la 3ª ed. francesa, T. I, Vol II, Ejes, Buenos Aires, 1981, pág. 141, nro. 482. Weil - Terré, *Droit Civil, Les Obligations*, DeBos, 3ª ed., Paris, 1980, pág. 109, nro. 637. Giorgi, *op. cit.*, T. V, pág. 263, nro. 145.

¹⁶ Soler, *op. cit.*, T. I, pág. 424. Carreras - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 530. Borda, *op. cit.*, T. I, pág. 240, nro. 1835. De Angel Yáñez, *La Responsabilidad Civil*, Detoto, Bilbao, 1988, pág. 193. Mazeaud - Tunc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 140, nro. 479. Neumair, *Doctrina General del Contrato*, T. II, trad. de Fontanarrosa, Sentis Melenda y Valtierra, Ejes, Buenos Aires, 1985, pág. 250. García Amigo, *Instituciones de Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 279.

turo, inmediato o próximo el amenazado podría válidamente recurrir a otros medios para evitarlo.

Interesa que la posibilidad del daño sea real y no imaginaria, aunque habrá que analizar cómo se lo ha representado el sujeto actuante; es en definitiva una valoración que se realiza y emerge en virtud de ciertos elementos objetivos como son los valores y la proporcionalidad entre el bien a destruir y el bien a salvaguardar¹⁷.

Asimismo, se ha planteado si el mero peligro putativo, es decir, cuando el error sobre su existencia puede ser excusable, lleva a un estado de necesidad cubierto por los principios jurídicos. Al respecto Bonasi Benucci refiere un fallo de la Corte de Casación italiana que sostuvo: "Para considerarse como necesario un comportamiento imprudente y culposo, no basta que el peligro sea meramente imaginario, sino que precisa que el mismo efectivamente exista con base en circunstancias objetivas y que sea racionalmente previsible"¹⁸.

Es muy importante la contemporaneidad con el acto que se reprocha al defendido, ya que la mera hipótesis de peligro, o sólo amenazas, o riesgos remotos, impiden invocar la figura¹⁹.

Y que la amenaza lo sea a un bien jurídico que debe ser protegido, o como bien señala Mossot Iturraspe, es necesario tomar en consideración una situación de necesidad, que plantea una característica singular, encontrarse en presencia de un conflicto entre dos intereses, que considerados separadamente, merecen tutela jurídica²⁰.

Claro está que, no existe opinión uniforme en el objeto digno de protección. Para algunos autores, debe tratarse de un bien que tenga contenido patrimonial²¹; y para otros —postura a la que adhiero—, los bienes a cuidar pueden estar vinculados a la vida, al honor, a la integridad

¹⁷ Briguglio, *op. cit.*, T. II, págs. 4748, nro. 9. A su vez, el Tribunal Supremo Español ha juzgado: "Todo deriva lógico y naturalmente de una conciencia que hubo de formarse ante la presencia de los mencionados requisitos, y que moviera a la voluntad a transgredir la ley y a vulnerar el derecho ajeno" (S.T.E., sent. del 23-VI-1955). Los Maximos brindan un criterio más objetivo, ya que exigen valorar el comportamiento tal como hubiera obrado un individuo normal en similares circunstancias. Mateos - Tunc, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 493. Esméin en Planol, M. - Ripert, G., *Tratado Francés de Derecho Civil Francés*, T. VI, trad. Diaz Cruz, Cultural, La Habana, 1945, nro. 567. *Idem*, Mossot Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 86.

¹⁸ Corte de Casación italiana, fallo del 2-VII-1954 (3279). Bonasi Benucci, *La Responsabilidad Civil*, trad. Fuentes Lajo y Ferré Raley, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 117.

¹⁹ Recánico, *op. cit.*, T. I, pág. 196. Mossot Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 88. Viney, *op. cit.*, T. IV, pág. 622, nro. 568. Enneserius - Nipentey, *op. cit.*, T. I, Vol. II, parte 2^a, pág. 1086, nro. 241.

²⁰ Mossot Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 86.

²¹ Briguglio, *op. cit.*, pág. 21; SCBA, L.L., 31-468.

física, a la libertad, al pudor, al nombre, etcétera, y también a las cosas de su pertenencia. A ello se incluye también el posible daño a terceros²².

Además, las amenazas deben tener el carácter de "injustas", es decir, tal como enseña Soler: "El mal que se pretende evitar debe ser un mal que el sujeto no esté jurídicamente obligado a soportar, sea que la obligación derive de la ley o de la acción del individuo²³, cuestión que reafirma Brigaglia al decir: "puede decididamente afirmarse que quien comete un hecho dañoso con el fin de salvarse del peligro de un daño grave a la persona, no debe estar vinculado por una obligación de afrontar tal peligro"²⁴.

b) Situación no causada por el mismo agente

Otro de los requisitos es que la situación de riesgo no haya sido concausada por el mismo que produce el perjuicio menor²⁵, a lo que algunos autores agregan que no haya obrado con culpa o negligencia para ello²⁶.

De allí que Lambiás insiste en sostener: "Si a ese estado llegó por su culpa o negligencia no puede alegar que obró privado de su libertad, ya que era libre al iniciarse la actividad (*actio libera in causa*)"²⁷.

Así algún pronunciamiento judicial ha sostenido que el estado de necesidad requiere "que el mal que se trata de evitar sea injusto, que no surja con la conducta intencional del sujeto, debiendo serle extraño"²⁸.

²² Orgaz, *op. cit.*, pág. 142. Saraccharus - Nijerdey, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 1098, nro. 241, quien reafirma que tal como en la legítima defensa, no es necesario que el peligro amenace al propio agente, ya que la facultad de realizar el acto en estado de necesidad se otorga también para proteger a un tercero. *Mem. SCBA, Ac. y Sent.*, 1940-III-72. El artículo 2045 del Código habla de daño grave a la persona, y algunos autores italianos lo vinculan solamente con la persona física. Así Degni, "La persona física e il diritto della personalità", en *Tratado de Derecho Civil de Vassalli*, Torino, 1939, pág. 161. Giampiccola, "La tutela giuridica della persona umana e il diritto alla riservatezza", *Revista Trimestrale de Diritto Civile*, 1958-474. Hoy se sostiene que el criterio debe ser ampliado, tal como se debe entender el concepto de persona. Al respecto Buzzelli, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", en *Datos*, Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 45.

²³ Soler, *op. cit.*, T. I, pág. 424. Vasquez Talada, *op. cit.*, T. I, pág. 117. Cassau - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 53. De Ángel Yagüez, *op. cit.*, pág. 103.

²⁴ Brigaglia, *op. cit.*, pág. 54.

²⁵ Mosset Iturraspe, *op. cit.*, T. III, pág. 88, dice *in fine* autor que se trata de un supuesto de involuntariedad, a pesar de dicho, que "el estado de necesidad no debe haber sido provocado por el agente". *Idem*, *Resúmenes*, *op. cit.*, T. I, pág. 197. *Cienc. I*° La Plata, Sala I, J.A. 1948-III-374. Colombo, *op. cit.*, T. I, pág. 176, nro. 75.

²⁶ Acuña Anzorrua, *op. cit.*, pág. 136. Cassau - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 530. Borda, *op. cit.*, T. II, pág. 240, nro. 1335. Maassud - Turc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 144, nro. 493. *Cienc. Fed. La Plata, Sala I, R.D.*, 15-253.

²⁷ Lambiás, *op. cit.*, T. III, pág. 648, nro. 2237.

²⁸ *Sup. Corte Tucumán, L.L.*, 16-386. Maassud - Turc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 494. *Leontani, Derecho de Necesidad*, Astoria, Buenos Aires, 1980, pág. 21. Cassau - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 713, nro. 530. *Resúmenes*, *op. cit.*, T. I, pág. 197.

c) *Inevitabilidad del daño ocasionado*

Es un requisito trascendente pues permite analizar que el perjuicio ocasionado fue fruto de la imposibilidad de elegir otra vía. Evitar no implica impedir, sólo se le exige al agente haber obrado de manera tal que previera el daño²⁰.

Si el autor del hecho no tenía otro camino lícito a tomar, y lo que hizo fue la única posibilidad de evitar el mal, queda justificado su comportamiento y el acto toma el carácter de "necesario"; en el caso contrario no es posible invocar la figura²¹. Viney, en la doctrina francesa, entiende como necesario y caracterización más importante que el acto dañoso presente una verdadera "utilidad social", ya que los intereses en disputa deben quedar objetivamente justificados²¹.

Vinculado a ello algunos juristas ven que dentro de la multiplicidad de situaciones que brinda la experiencia cotidiana se pueden observar diferentes tipos²²: actos altruistas, como cuando alguien para evitar embestir a un menor colisiona a otro automotor detenido; o actos necesarios (*acte de détournement*) el que ninguna relación tuvo en los hechos y para salvar a los que están en una casa incendiándose, rompe la puerta y los socorre; o actos egoístas (*acte égoïste*), como el del naufrago que está sobre una balsa e impide subir a otros que se acercan golpeándoles las manos con elementos cortantes²³; y por último, los llamados actos de sacrificio o

²⁰ Carr. 1° La Plata, J.A., 1948-511-574. Viney, op. cit., T. IV, pág. 682, nro. 567. Savatier, "L'état...", cit., pág. 731. Pérez González y Alguer, anotadores de la obra de Emerceres - Niprdecky, op. cit., T. I, Vol. II, parte 3da., pág. 1102. Borda, op. cit., T. II, pág. 240, nro. 1335.

²¹ Berman en Planial - Rigert, *Tratado Práctico de Derecho Civil...*, cit., T. VI, pág. 779, nro. 587. Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile*, T. I, 2° ed., L.G.D.J., París, 1951, pág. 129, nro. 104. Borda, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, 3° ed., Ferrot, Buenos Aires, 1971, pág. 240, nro. 1335. De Góspert - Morello, *Tratado de Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual*, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1994, pág. 216, nro. 1822. Llambas, op. cit., T. III, págs. 648/649, nro. 2237. Cám. Fed. Cap. Fed. Sala Crim. y Correccional, L.L., 24-3113.

²² Viney, op. cit., T. IV, pág. 684, nro. 570.

²³ Este desarrollo lo hacen los autores franceses con precisión y con admirable manera de relatar las situaciones jurídicas, tan atrayente y con un evidente sentido literario. Savatier, *Traité...*, cit., T. I, pág. 129, nro. 104. Del mismo autor: "L'état...", cit., pág. 731. Viney, op. cit., T. IV, pág. 684, nro. 570. Massad - Tuna, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 141, nro. 492. Storch, *Essais d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Contractuelle et de double Forcette de Garantie et de Peine Privée*, Rodière, París, 1847, págs. 98 y sigs.

²⁴ En el supuesto de los actos egoístas que encajan perfectamente en la figura bajo estudio, el célebre y famoso cuadro pintado por Daliacris "La Mignonette", muestra una cruda visión de la realidad.

de abnegación que quedarían un poco fuera de estos supuestos, cuando alguien aun peligrando su integridad física interviene para salvar a otro²⁴.

d) Desproporción entre el daño amenazado y el causado

El daño causado debe ser siempre menor que el que amenazaba a la persona del agente, sus bienes, o a ciertos terceros²⁵. Si bien la afirmativa es sencilla, no lo es tanto su entendimiento.

Clarificando la cuestión, enseña Mosses Iturraspe que la diferencia en la jerarquía debe ser tomada en cuenta con relación a la categoría a la cual pertenecen los bienes, por ejemplo un derecho de la personalidad con un derecho patrimonial (derecho a la vida o al honor, con un derecho real u obligacional); en cambio, cuando tengan la misma categoría debe acudirse a una valoración de tipo objetivo²⁶.

Ésa es una vía adecuada para realizar el razonar comparativo y establecer el distingo entre ambos supuestos.

Una temática que tiene su propio debate es la que disputa dos vidas en juego. El peligro que recae sobre la vida del necesitado y sólo se salva con la vida ajena. Es el caso del naufragio que arrebató la tabla a otro para salvarse. En ese caso dice Soler que es lícita dicha acción, pues la vida propia es el bien mayor y más preciado²⁷.

²⁴ Sobre el acto de abnegación: Savatier, *Traité...*, cit., T. I, pág. 197, nro. 148. Trigo Represas, "El acto de abnegación", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año 1, nro. 2, págs. 149 y sigs..

²⁵ Vives, op. cit., T. IV, pág. 684, nro. 530, indica con precisión que se trata siempre de una comparación a los intereses en conflicto. Lo que realiza el autor del acto es para él así, la mejor forma de evitar el mal mayor que lo amenazaba, o a un tercero, o a la colectividad toda. — Esa consideración permite apreciar si estuvo o no bien fundada la elección—. También en Acuña Anzorrena, op. cit., pág. 137, quien insiste en que la relación entre ambos daños debe ser considerada, no sólo en sus aspectos "cuantitativos", sino también "resolutivos". Adem en Castroux - Trigo Represas, op. cit., T. IV, pág. 714, nro. 530. Reséndon, op. cit., T. I, pág. 197. Borda, op. cit., T. II, pág. 240, nro. 1335. Liambias, op. cit., T. III, pág. 648, nro. 2237 d).

²⁶ Mosses Iturraspe, op. cit., T. III, pág. 87. Massad - Tena, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 493. Savatier, *Traité...*, cit., T. I, págs. 125/126, nro. 109. Orgaz, op. cit., pág. 145, quien con claridad meridiana advierte que la comparación no es sobre los bienes en sus valores objetivos sino sobre los males, que resultan de la conservación de uno de los bienes a costa del que se sacrifica. Para el mismo jurista "... la posición del mal mayor no se detiene en la consideración de la naturaleza y del valor abstracto de los bienes en juego, ella requiere con particular atención el examen de la total situación de los interesados y de las posibles repercusiones del acto necesario en la respectiva situación. La comparación se hace objetivamente y en concreto en función de las circunstancias del caso", cit., pág. 141. Sup. Trib. Santa Fe, Sala I, *Juris*, 19-228.

²⁷ Soler, op. cit., T. I, pág. 428, nro. VIII.

Es necesario aclarar que para algunos autores nunca puede juzgarse que alguien consciente de sus deberes no sacrifica la vida ajena para salvar la propia, ni lesiona los de sus semejantes para dejar indemnes a los suyos³⁸; y otros juristas, eligiendo un camino más sencillo, consideran que el daño causado solamente puede ser de naturaleza patrimonial³⁹, porque —según esta corriente— el derecho civil sólo tiene como objetivo contemplar el ataque a los "bienes ajenos" pero no a la persona, es decir a su integridad física en general⁴⁰.

Creo que la cuestión no es tan simple ni puede dársele una solución unívoca. Pueden surgir supuestos en que los derechos de la personalidad que tengan la misma categoría aparezcan en conflicto, como el derecho a la vida. Se da como ejemplo el de los dos naufragos que se disputan el único salvavidas, y allí no es posible pensar en actitudes altruistas o heroicas, y ante la similar relevancia que tienen en la conciencia social no dudo que es posible aplicar los principios de la excepción de necesidad. Diversa es la situación en derecho de esa categorización, como puede ser que el derecho moral de autor, pueda oponerse a la vida de otro, como ejemplifica Briguglio no es lícito sacrificar una vida humana para reafirmar la paternidad intelectual de una obra⁴¹.

VI. NATURALEZA JURÍDICA

Establecer la naturaleza jurídica del estado de necesidad es, como en todos los supuestos en que se pretende dar ubicuidad a un instituto, una tarea compleja y ardua. Los puntos de mira son distantes y abordan razonamientos que parten de premisas diferentes. En estos casos hay siempre un daño causado, un sujeto que actúa dentro de los marcos legales, y situaciones fácticas que imponen cierto comportamiento.

³⁸ Mazeaud - Tunc, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 483. Vinay, *op. cit.*, T. IV, pág. 645, nro. 570, considera como dudoso juzgar no culpable el sacrificio de la vida ajena por la propia, ya que entiende que no es lícito admitir que la solución del derecho civil difiere de la del derecho penal.

³⁹ Cassaux - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 718, nro. 320. Liambias, *op. cit.*, T. III, pág. 647, nro. 2337.

⁴⁰ Así lo resuelve el B.O.B., art. 304, el *Código Italiano*, art. 2045; el *Código Suizo de las Obligaciones*, art. 52. De Gasperi - Morello, *op. cit.*, T. IV, pág. 268, nro. 1795. Liambias, *op. cit.*, T. III, págs. 651-652, nro. 2337. Zavala de González, *Responsabilidad por el Daño Necesario*, Astrea, Buenos Aires, pág. 49. Trigo Represas, *Teoría...*, *cit.*, pág. 303.

⁴¹ Briguglio, *op. cit.*, pág. 118. Orgaz, *op. cit.*, págs. 143 y sigs. Sea digno de detenido análisis los razonamientos del maestro Orgaz, que daada la óptica del derecho penal transcienden a todo el derecho (civil).

Por ello la doctrina gira en derredor de considerar que son: a) situaciones ajurídicas; b) actos ilícitos no imputables; c) o actos lícitos con algunos efectos. Hay otras posturas que han tenido menor difusión a las que hago sucinta referencia⁴².

a) Situación ajurídica

Especialmente los autores del derecho penal como Binding, Fichte y Scaturro, sostienen la irrelevancia jurídica del estado de necesidad, ya que estos hechos no son lícitos ni ilícitos sino que se encuentran fuera de la previsión legal⁴³. Tiene fama la frase de Unger: "La necesidad no conoce ley" para dar un carácter fáctico al hecho de que estas circunstancias se encuentran más allá de todo aspecto legal y no pueden valorarse de conformidad a esos principios⁴⁴.

Esta postura debe rechazarse. Todo aquello que cae bajo las normas, si es aceptado se le da el carácter de lícito, o bien, cuando es repelido, se lo considerará ilícito; aunque, en ambas circunstancias, todo lo fáctico se tiñe de juridicidad⁴⁵. El estado de necesidad tiene la particularidad de encontrarse en situación intermedia y, a veces, sustituye los principios dados para los supuestos corrientes⁴⁶.

b) Acto ilícito

En el campo del derecho se ha difundido la caracterización del acto necesario como un hecho ilícito. Chironi enseña que nadie tiene derecho a sacrificar bienes ajenos, aun cuando sea para evitar perjuicios propios⁴⁷, y ello constituye un acto antijurídico.

⁴² Llanús, *op. cit.*, T. III, pág. 641, nro. 2231. Alberici - Amsal - López Cabana, *Curso...*, cit., Vol. I, pág. 178, nro. 265. Colombo, *op. cit.*, T. I, pág. 174, nro. 70. Orgaz, *op. cit.*, pág. 136, nro. 4. Peirano Faco, *Responsabilidad...*, cit., pág. 242, nro. 141. Escrocera - Nisperoy, *op. cit.*, T. I, Vol. II, parte 2da., pág. 1095, nro. 341.

⁴³ Cazeaux - Trigo Represas, *op. cit.*, T. I, pág. 714, nro. 632. Rescénico, *op. cit.*, T. I, pág. 187. Ferrini, "Delitos y cuasidelitos", *D.G.J.*, t. IX, pág. 788. Acuña Anzorua, *op. cit.*, pág. 134.

⁴⁴ De Aguilar Díaz, *op. cit.*, T. II, pág. 769, nro. 316. Cazeaux - Trigo Represas, T. I, pág. 716, nro. 532.

⁴⁵ Carlotto Ferrera, L., *El Nigorio Jurídico*, trad. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1958, pág. 18, nro. 8. Betti, *Teoría...*, cit., pág. 12, nro. 2. Compagnoni de Casa, *El Nigorio...*, cit., pág. 14, nro. 2.

⁴⁶ Llanús, *op. cit.*, T. III, pág. 642, nro. 2235. Acuña Anzorua, *op. cit.*, pág. 134. Chironi, *La Culpa en el Derecho Civil Moderno*, T. II, trad. Bernaldo de Quirós, 2ª ed., Reus, Madrid, 1938, pág. 383. Trigo Represas, *Teoría...*, cit., pág. 304.

⁴⁷ Chironi, *op. cit.*, T. II, pág. 187, nro. 522. Lainez Agard, *Tratado Práctico de la Responsabilidad Civil*, 6ª ed., Dallos, París, 1962, págs. 225 y sigs., nro. 302. Vinay, *op. cit.*, T. IV, pág. 685, nro. 571. Aguilar, *Hechos y Actos Jurídicos*, T. III, Tea, Buenos Aires, 1950, nro. 208 bis.

Algunos juristas han agregado que si bien se trata de un acto ilícito, tiene la característica de su falta de culpabilidad o la inimputabilidad del autor⁴⁸.

Es corriente ver dicha afirmativa entre los juristas franceses, así Mazeaud y Tunc, Savatier, Flour y Aubert, entre otros, explican que la ausencia de culpabilidad justifica suficientemente el acto necesario⁴⁹. Los Mazeaud, tal como lo expuse anteriormente, insisten en que el juzgamiento debe ser hecho en "abstracto" y considerándose si una persona normal en las mismas circunstancias hubiera obrado de manera similar⁵⁰. En definitiva recurriendo a los criterios objetivos para juzgar la existencia de un acto culpable o no en el agente.

c) Acto lícito

Una numerosa corriente doctrinaria entiende que el acto necesario es conforme al ordenamiento y por lo tanto un acto lícito.

La actividad realizada fue una especie de camino sin salida, donde no existió ni se planteó un conflicto con el derecho objetivo, y aun abundando, tampoco es razonable entender que se actuó con culpa o dolo. Mediante una causa totalmente ajena y extraña al agente, es impensable ingresar otras calificaciones que la de estar ante un acto "lícito".

Esta tesis satisface plenamente el sentimiento de justicia y una elaboración racional del instituto. Por ello la postura prevalece entre los autores y es la que tiene mayor arraigo⁵¹.

Es necesario también aclarar que si la ley consagra el principio de la "ilicitud objetiva"⁵² el acto no está prohibido sino, por el contrario, debé-

⁴⁸ Tedeschi, "Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1931-I-738.

⁴⁹ Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 483. Savatier, R., *Traité...* cit., T. I, pág. 123, nro. 98. Savatier, "L'état...", cit., pág. 729. Flour y Aubert, *Droit Civil. Les Obligations*, cit., T. II, pág. 129, nro. 617. Vinay, op. cit., T. IV, pág. 464, nro. 570, hace un importante razonamiento y con un gran contenido moral, diferenciando entre los actos altruistas y los egoístas, sin ingresar en fundamentaciones concretas, aunque criticando la tesis de Savatier.

⁵⁰ Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, pág. 143, nro. 483.

⁵¹ García Amigo, op. cit., pág. 729. De Angel Yáñez, op. cit., pág. 104. Larrea, *Derecho de Obligaciones*, T. II, trad. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 93. Mederian, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, T. III, trad. Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 530. Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, págs. 140 y sigs., nro. 492. Von Tuhr, *Tratado...* cit., T. I, pág. 294, nro. 48. Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Civil Moderno*, T. V, pág. 359, nro. 164. Acuña Astorica, op. cit., pág. 138. Colombo, op. cit., T. I, pág. 175, nro. 75. Orgna, op. cit., pág. 137. Pizarro Falcó, op. cit., pág. 282, nro. 141. Berda, op. cit., T. II, pág. 340, nro. 1338. Carranza, "El huracán...", cit., J.A., 1963-V-909, Sec. Dec. Compagnoni de Casa, "Adquiriridad y culpa", *Rev. Notarial*, pág. 963, nro. 845.

⁵² Compagnoni de Casa, "Antijuricidad y culpa", *Rev. Notarial*, pág. 963, nro. 845.

damente autorizado "en sí mismo", como con claridad meridiana enseña Orgaz. Aclarando este mismo autor que la impunidad no tiene como base un aspecto de la subjetividad (culpa), sino en su propia objetividad al no infringirse ninguna norma legal²³.

Al igual que en la legítima defensa el impedimento de no dañar a los demás que prevé el artículo 1109 del Código Civil, se encuentra totalmente justificado en el acto necesario²⁴.

d) Otras tesis

Se ha considerado que constituye un acto involuntario. En ese sentir dice Llamblas que quien obra constraído por circunstancias ajenas se lo debe asimilar a un estado de violencia objetiva, y esa privación sustancial de libertad hace que el acto carezca de voluntariedad. Para el distinguido jurista, deben ser de aplicación los efectos previstos en el artículo 907 en su primera y segunda parte, y mediante esa concepción se evita la cualificación de lícitud o ilícitud²⁵.

Pienso que no es posible sostener que el acto sea involuntario, porque aun los realizados mediante violencia no lo son. Moderna y actualizada doctrina sostiene que la violencia es un vicio de la voluntad de declarar, y no un vicio de la voluntad; de todos modos hay voluntad aunque deformada o incoincidente²⁶.

Otros autores han hablado de una especie de "expropiación por causa de utilidad o necesidad privada", pues ello justificaría la consiguiente indemnización ante un accionar inculpaible²⁷. La teoría también recibió agudas críticas, ante lo poco sostenible por la ausencia de fundamento legislativo, y la imposibilidad de considerar que el expropiante obtenga algún bien como contrapartida del daño causado²⁸.

Entre nuestros juristas, Carranza sostiene que se trata de una "solución solidarista", ya que tanto el dañado como el agente son víctimas de

²³ Orgaz, *op. cit.*, pág. 157, nota 20.

²⁴ Enneccerus - Nigroley, *op. cit.*, T. I, Vol. II, pág. 1100, nro. 241, quienes afirman la legitimidad fundada en el comportamiento permisivo que se configura en el estado de necesidad. Compagnucci de Case, *Manual de Obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 269 y sigs., nro. 142. Trigo Represas, *Teoría...*, *cit.*, pág. 304.

²⁵ Llamblas, *op. cit.*, T. III, págs. 643/648, nro. 3235.

²⁶ Compagnucci de Case, *op. cit.*, pág. 267, nro. 101. Caciota Ferrara, *El Negocio Jurídico*, trad. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1945, págs. 453/454. Albaladejo, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 104, nro. 64.

²⁷ Demogue, *Traité des Obligations en Général*, T. III, Rousseau, Paris, 1925, nros. 340 y 368. Piras, *Scie sul Comportamento Necessitate nel Diritto Privato*, Sassari, 1948, pág. 904.

²⁸ Brugglio, *op. cit.*, pág. 137.

un hecho que les es extraño, y del cual deben soportar sus resultados⁶⁰. Si bien no puede controvertirse el magno afán de atribuir a un sentido ético y de cooperación social el fundamento del acto necesario, pareciera un argumento en demasía genérico para poder identificar la figura, y además, aplicable a numerosos institutos, lo que lo desdibuja y ensombrea.

VII. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS

Otro de los debates que trae la figura en estudio, es si ante el acto necesario se debe reparar el daño causado. Ella es una de las causas de separación de la figura en su apreciación en el derecho penal, de su visión en el derecho civil. E incluso más, en este último cambió la procedencia del resarcimiento tiene una conexidad inmediata con los fundamentos que le son aplicables; a lo que se une el interrogante de si la indemnización debe regirse por los principios de la reparación integral, o bien, es necesario aplicar otras pautas de juzgamiento⁶¹.

Asimismo parece necesario indicar que cuando el acto tiende a proteger la persona o bienes del agente, no se abrigan dudas en la procedencia de la indemnización; en cambio, en los supuestos en que se lo hace para la protección de los derechos de un tercero el tema toma su propio rumbo, y muchos autores entienden que no proseda el reclamo resarcitorio.

Es posible efectuar una neta división entre quienes entienden que el daño así ocasionado no es resarcible, de quienes piensan lo contrario. Es sobre esta última corriente, que lleva mayoría de opiniones, donde se han brujado diferentes argumentaciones y razones para justificar el deber de reparar⁶².

a) La irreparabilidad

Para quienes consienten en que el acto necesario es "ajurídico" o "lícito", es de pura lógica que puedan sostener que a sus agentes nada les obliga a reparar los daños⁶³. Si el acto es conforme a la ley y ésta lo auto-

⁶⁰ Carrara, "El llamado...", cit. J.A. 1967-V-902, Sec. Doc. De Gáspari - Morella, op. cit., T. IV, pág. 315, nro. 1822. Si bien estos autores sostienen la tesis del "acto lícito", entienden que la solidaridad social es la que impone reparar al perjudicado.

⁶¹ Acuña Azoreaga, en Salvo - Acuña Azoreaga, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las Obligaciones*, T. IV, 2ª ed., Tes. Buenos Aires, 1958, pág. 69, nro. 2725 h). Liabón, op. cit., T. III, pág. 853, nro. 2238.

⁶² Explican en detalle las diferentes tesis Trigo Represas, op. cit., T. I, pág. 738, nro. 540; Liabón, op. cit., T. III, págs. 663 y sigs., nros. 2238 y sigs.; Orgaz, op. cit., pág. 148/149; Peñarza Peña, op. cit., pág. 264, nro. 142; Brignoli, op. cit., págs. 180 y sigs.

⁶³ Ferrás, op. cit., T. IX, pág. 289; Bonasi Bonacci, *La Responsabilidad Civil*, trad. Fuentes Lajo y Pere Ribaí, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 117/118. Este autor vincula

riza, o bien queda fuera de todo criterio legal, no engendrará responsabilidad civil alguna.

Paradójicamente otros autores que insisten en la "ilicitud" sin culpabilidad, también y por esta última circunstancia justifican la irreparabilidad⁴³.

Hay nadie permite que el acto quede sin resarcir, las opiniones en contrario han caído en desuso y, podría afirmar casi sin hesitar, que toda la doctrina, aun cuando emita diferentes argumentaciones, se atiene al criterio resarcitorio⁴⁴.

b) El resarcimiento

El joven y brillante profesor español, Yzquierdo Tolsada, explica que el estado de necesidad genera la ausencia de ilicitud y por lo tanto no hay tampoco una responsabilidad civil en sentido propio, sino alguna otra cosa. Trae como ejemplo al Código italiano de 1942, que en el artículo 2045 refiere a la *indennità*, no al *risarcimento* que es la noción propia de la responsabilidad civil. También el Código Civil Suizo de las Obligaciones en el artículo 52-1 no habla de la reparación sino de la *équitélement* o la suma que equitativamente fijen los jueces⁴⁵.

En esa misma corriente de pensamiento Brigaglia señala que no es posible confundir "indemnización" con "resarcimiento", puesto que la obligación de resarcir es consecuencia de un ilícito civil y de un daño "injusto", en cambio indemnizar tiene un contenido más general que

suficientemente la culpa de un tercero con el estado de necesidad. Tras un caso fallado por la Corte de Apelación de Milán, dando se rechazó el pedido de indemnización contra un conductor de autobuses que al frenar bruscamente para evitar un choque se lesionó un pasajero. El Tribunal consideró que el comportamiento fue lícito y obligado, a más de inspirado en el interés general, incluso es el del propio demandante a quien el choque podría haberle producido un daño mayor.

⁴³ Chireni, op. cit., T. II, págs. 386/389, nro. 322 bis y ter. El jurista italiano no es tan asertivo como parecen indicarlo las que lo citan. Chireni dice que para alguna jurisprudencia la acción sería inerte cuando el peligro sea común, en iguales condiciones de lugar y tiempo atacase a muchas personas y cosas, porque en igual posición frente al peligro, de iguales facultades a cada uno para que otro como pueda, para su salvación y la de las propias cosas. Pero ello no lo juzga correcta, e insiste en que, si se aplica el principio del "estado de necesidad" o la "gestión de negocios" o el "mandato tácito", debe indicarse que hay que participar en los daños consiguientes. La responsabilidad deberá reducirse en la medida de la injuria objetiva.... pág. 389.

⁴⁴ Acuña Anzorrena, op. cit., pág. 138. Llambías, op. cit., T. III, pág. 653, nro. 3239. Salvat - Acuña Anzorrena, op. cit., T. IV, pag. 67, nro. 3725 g). Casarax - Trigo Represas, op. cit., T. I, pág. 728, nro. 541. Vinay, op. cit., T. IV, pág. 685, nro. 571.

⁴⁵ Yzquierdo Tolsada, op. cit., T. I, pág. 138. Véase, Rogel Váiz, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 86.

engloba también supuestos de daños "justos", o actos lícitos, que hacen nacer responsabilidad civil⁶⁶.

La cuestión tiene alguna complejidad intelectual, y además características propias del derecho italiano que no se corresponden exactamente con el argentino. Creo que no es posible diferenciar: indemnizar, resarcir, o reparar, ya que son vocablos que tienen una sinonimia evidente, y nuestra ley utiliza indiscriminadamente. Pretender su diferente conceptualización es situar al intérprete o al estudioso en un lenguaje codificado que trae mayor confusión al mundo de lo jurídico.

Lo cierto es que hay un pensamiento uniforme en que la reparación de los daños debe ser limitada y no plena, para la cual se han dado diferentes fundamentaciones. Así algunos autores creen viable aplicar el principio del "enriquecimiento sin causa", o "enriquecimiento injusto", el de la "expropiación privada", la "equidad", la "solidaridad", o "la reparación de los daños"⁶⁷.

La tesis del "enriquecimiento sin causa" es seguida por buena parte de la doctrina francesa. Así los Mazeaud sostienen que para lograr una reparación adecuada de los perjuicios causados en estado necesario aun cuando se hubiere obrado sin culpa, hay que admitir una extensión del principio, ante la excepcionalidad de las circunstancias en que se encuentra el agente. Y Savatier agrega que la jurisprudencia gala, fundamenta esta responsabilidad sobre la idea del enriquecimiento sin causa o la de la gestión de negocios. Agregando que el desplazamiento de la incidencia definitiva del daño y su desplazamiento arbitrario pueden ser lícitos bajo la condición de ser sufragados⁶⁸.

En cuanto a la "expropiación privada", fue la tesis seguida por René Demogue, quien sostiene que sólo es admisible la responsabilidad en virtud de una idea extraña a la de la culpa, ya que quien sacrificó un bien de valoración menor para proteger otro más importante produjo una verdadera "expropiación privada" que se obliga a indemnizar⁶⁹.

⁶⁶ Brigaglia, op. cit., págs. 190 y sigs.

⁶⁷ Acuña Antorrieta, op. cit., pag. 140. Cassaux - Trigo Represas, op. cit., T. I, pag. 728, nro. 841. Colomba, op. cit., T. I, pag. 175, nro. 75. Benati Benacci, op. cit., pag. 118, nro. 37. De Angel Yáñez, op. cit., pag. 104. Santos Briz, *Derecho de Doctor, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1962, pag. 89. De Gaspari - Marella, op. cit., T. IV, págs. 315-316, nro. 1822. Ferraz Fozar, op. cit., pag. 265, nro. 142. Orgaz, op. cit., pag. 144. De Aguilar Diaz, op. cit., T. II, pag. 761. CN Civ. Sala B, E.D. 14-862. SCBA, Ac. y Sent., 1960-III-72.

⁶⁸ Mazeaud - Tunc, op. cit., T. I, Vol. II, pag. 127, nro. 484-2. Savatier, *Traité... cit.*, T. I, pag. 125, nro. 100. Euzain, en Flanclou - Rupert, *Traité... cit.*, T. VI, nro. 586. Llançtas, op. cit., T. III, pag. 686, nro. 1242. Churruarín, op. cit., T. II, pag. 513, nro. 523 bis. De Angel Yáñez, op. cit., pag. 104.

⁶⁹ Demogue, op. cit., T. III, págs. 398-399, nro. 240. Lallouant, *L'État de Nécessité en Matière Civil*, Presses Universitaires, Paris, 1922, nro. 104.

La solidaridad social es otro argumento que justifica la reparación del daño en condiciones de necesidad.

Creo que para lograr un resarcimiento acorde y ajustado a las circunstancias, considerando los valores en juego, el del damnificado y el del autor del hecho, es necesario acudir a los principios de la causalidad jurídica⁷⁰. Analizar en qué medida el accionar del agente puso la condición causa adecuada del perjuicio, y en qué dimensión actuaron los demás factores que le impelieron a realizar el acto, y de allí y, en función de los principios de la equidad que nuestros jueces saben aplicar, surgirá la reparación al dañado⁷¹.

⁷⁰ Para un detenido y erudito tratamiento del tema ver Goldenberg, *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, y Brebbia, *La Relación de Causalidad en el Derecho Civil*, Juris, Rosario, s/f.

⁷¹ Quedarían por ver y analizar las diferencias existentes en las indemnizaciones cuando el agente que causa el perjuicio evita un daño a sí mismo, ya sea en su persona o bienes; y cuando se impide un daño a la persona o bienes de un tercero. Al respecto, Liebman, op. cit., T. III, págs. 463 y sigs., *ver*, 2247/2250. Orgaz, op. cit., págs. 1477/49. Acuña Arocas, op. cit., pág. 143. Borda, op. cit., T. II, pág. 241, nro. 1335. Puraso Fazio, op. cit., pág. 267, nro. 143.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO DE SEGURIDAD PENITENCIARIO (ALGUNAS APROXIMACIONES)*

JORGE MARIO GALDÓS

I. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO

I. Principios generales. Caracterización del instituto

En el año 1933 en la causa "Devoto" la Corte Nacional, superando el escollo del antiguo artículo 43 del Código Civil que establecía la irresponsabilidad de las personas jurídicas, condenó al Estado nacional por el incendio causado por culpa de sus agentes al reparar una línea de telégrafo, aplicando el artículo 1113 del Código Civil sobre la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes. Se trata éste de un valioso antecedente que sentó la responsabilidad estatal en base a las normas de derecho común, aunque ello fue criticado por Bielsa quien afirmaba que "cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es el responsable y no la Administración Pública"¹.

Luego, en el año 1939, se juzgó la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por la expedición de un certificado de dominio falso a raíz

* Sobre la base de la anotación a fallo "Responsabilidad del Estado por falta de servicio. Pérdida de chances", L.L., del 27-VIII-1997, Suplemento de Doctrina y Jurisprudencia del Noroeste Argentino.

¹ CSJN, 22-IX-1933, "Tomás Devoto y Cía. s/Gobierno Nacional", J.A., 43-406, con nota de Rafael Bielsa, "Responsabilidad del Estado como poder administrador", y Fallos, 169:111 (para los antecedentes del caso ver J.A., 35-480; Comadina, Julio - Candia, Fabián, "Responsabilidad del Estado por omisión", L.L., del 4-III-1996, pág. 4, Suplemento de Derecho Administrativo, a cargo de Agustín Gordillo).

del cual la actora incurrió en error al adquirir un inmueble a quien no era su dueño, por lo que fue vencida en un juicio reivindicatorio. Se señaló allí que el Estado actuaba como entidad de derecho público e invocándose los artículos 1112 y 1113 del Código Civil, se fundó la condena en dos presupuestos: en el hecho del dependiente y en el denominado servicio público irregular. Dijo la Corte Nacional: "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doct. arts. 625 y 630, Cód. Civ.). Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público —se añadió— la regla enunciada fundada en razones de justicia y de equidad debe tener también su aplicación a este género de relaciones mientras no haya una previsión legal que la impida"². A partir de entonces se admitió la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público, por irregular o anómala ejecución de sus funciones, pero con basamento no sólo en la preceptiva del artículo 1112 del Código Civil, sino además en el artículo 1113 al que en algunas ocasiones se acudió complementariamente.

Empero, la Corte Federal, en 1984, al analizar también la responsabilidad estatal por omisiones registrales, sentó tres premisas básicas: 1) la idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas"; 2) no se trata de una responsabilidad indirecta que fluya del artículo 1113 del Código Civil, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de sus fines, debe ser considerada propia de éste por lo que debe responder de modo principal y directo; 3) debe abandonarse la doctrina legal que recurría, a veces supletoriamente, al artículo 1113 del Código Civil en lo relativo a la responsabilidad indirecta del principal por el hecho de otro para abastecer la responsabilidad extracontractual del Estado como poder público³. Este criterio —ahora ya consolidado— requiere para el actor "el cumplimiento

² CSJN, 3-X-1938, "Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires", J.A., 64-6; Fallos, 182-5 y L.L., 12-123, con nota de Alberto G. Spota, "La responsabilidad aquiliana de la Administración Pública".

³ CSJN, 18-XI-1984, "Vadell, Jorge F. c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1985-B-3; Fallos, 306-2030; J.A., 1985-1-213 y E.D., 114-215, con nota de Juan C. Casariego, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte". En esa sentencia al afirmar que se abandona la tesis de la responsabilidad indirecta —concretamente o exclusiva— para condenar al Estado como poder público en base al art. 1113, Cód. Civ. se mencionan como receptores de esa doctrina los precedentes siguientes: Fallos, 259-261; 270-404; 278-224; 286-382; 290-71; 300-867.

de la carga procesal de individualizar y probar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso lo posibiliten, cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular"⁴.

Cabe señalar que esta responsabilidad directa ya había sido señalada por Spota —en 1943— cuando afirmó que el daño puede derivar de la *faute de service* por "la irregular organización de un servicio público en cuanto no ejerció la debida vigilancia para impedir hechos ilícitos"⁵.

La doctrina sostiene que se configura la responsabilidad del Estado por falta de servicio cuando "el servicio no funcionó, funcionó mal o tardíamente", debiendo valorarse la relación causal entre la mala organización del servicio y el daño infringido, por lo que se debe responder por los daños que sufran los administrados, sin que sea necesario acreditar la culpa del funcionario⁶.

2. Algunas precedentes jurisprudenciales

a) Es profícua la doctrina judicial de la Corte Federal que se funda en el artículo 1112 del Código Civil para sustentar la responsabilidad extracontractual directa del Estado por falta de servicio en caso de incumplimiento de alguna de las funciones públicas propias de su carácter de persona jurídica (arts. 32, 33, inc. 1° y conec., Cód. Civ.).

En lo atinente a los denominados errores judiciales o daños derivados de actos jurisdiccionales se hizo mérito de esta doctrina —entre otros casos— cuando se decidió que el Estado nacional es responsable por el levantamiento irregular por un juez nacional de medidas precautorias, trabadas sobre un inmueble, que habían sido dispuestas por un juez

⁴ CSJN, 13-X-1994, "Ramón S.A. c/Estado Nacional", J.A., 1995-I-263; CSJN, 20-XII-1994, "Demartini Oscar y otros c/Banco Central", L.L., 1995-B-106.

⁵ Spota, Alberto G., "La responsabilidad extracontractual del Estado", J.A., 1943-I-443, en anotación a fallo CSJN, 4-XI-1942, "Rodríguez, Enrique c/Gobierno Nacional". Para la evolución de la jurisprudencia ver: Altieri, Atilio A., *Lección al estudio y Responsabilidad del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 62 y sigs.

⁶ Hernández de Caracci, Aldo - Parellada, Carlos A., "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 23; Lavalle Caba, Jorge, en *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, T. 1, Bessica, Augusto (dir.) - Zarrero, Eduardo (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 290; García Martínez, Roberto, "La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho", en anotación laudatoria a fallo de la CSJN, 4-VI-1983, "Hotelera Río de La Plata S.A. c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1986-B-110; Casagrande, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", E.D., 114-215; Baupland, Virginia M., "Responsabilidad extracontractual del Estado", L.L., 1993-A-780; Guastavino, Elías P., "Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración Pública", E.D., 176-268, en anotación a fallo Cám. 1° Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 23-XI-1993, "Nicolini, Pablo A. c/Municipalidad de Concel Nacional y otro".

provincial ante quien tramitó un juicio de colación⁷; también en el supuesto en que por omisión de las autoridades judiciales provinciales se mantuvo indebidamente el pedido de secuestro del automotor, provocando que la actora sea detenida e incomunicada en un paso fronterizo como presunta autora de un delito⁸. Sin embargo, debe tenerse especialmente en consideración que "los actos judiciales no generan responsabilidad por la actividad lícita del Estado" por lo que si el daño no proviene del ejercicio irregular del servicio "debe ser soportado por los particulares pues con el costo inevitable de una adecuada administración de justicia"⁹. Con esta base se rechazó la demanda por la prisión preventiva sufrida por quien fue finalmente absuelto toda vez que esa medida fue adoptada ante la existencia de un serio estado de sospecha basado en elementos de prueba, añadiéndose —y esto es decisivo— que "el Estado sólo debe responder por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto"¹⁰. En esta línea de pensamiento se decidió que "la existencia de error judicial debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial" ya que el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares, a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente¹¹.

La Corte Nacional ha acudido también al instituto de la falta de servicio en los supuestos de daños ocasionados por la actividad irregular de la Aduana por exceso en la adopción de medidas precautorias y de prevención autorizadas legalmente¹², y otros tribunales han incluido en la prestación irregular del servicio público el desempeño anormal del martillero en el proceso judicial, lo que encuentra su fundamento en el

⁷ CSJN, 16-XII-1986, "Echeverry, Luisa M. y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros", L.L. 1987-B-355.

⁸ CSJN, 4-V-1995, "De Gandia, Beatriz Isabel c/Buenos Aires, Provincia de indemnización por dolo moral", E.D., 162-63.

⁹ CSJN, 19-X-1996, "Balda, Miguel A. c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1996-B-311, con nota de Jorge Bustamante-Alsina, "Responsabilidad del Estado por error judicial (El auto de prisión preventiva y la absolución)", J.A., 1996-III-155. Sobre el tema, entre muchos otros ver: Sagarna, Fernando A., "La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas", L.L., 1996-E-890.

¹⁰ CSJN, causa "Balda", cit. supra.

¹¹ CSJN, 13-X-1994 "Ramón S.A. c/Estado Nacional (Min. de Educación y Justicia)", J.A., 1995-I-393; en el mismo sentido y por haber el damnificado consentido, sin recurrir, la decisión judicial. Vid. CNFed. Cont.-Adm., Sala III, 11-VIII-1993, "Ferrari, Alfredo y otros c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)", L.L., 1993-A-484.

¹² CSJN, 10-XII-1993, "Agencia Marítima Ripstal S.A. demandante y/o armador y/o propietario Buque Eleftherios", Doc. Jud., 1994-I-1. Vid. CNFed. Cont.-Adm., Sala IV, 28-VI-1990, "Canoa, Luis A. c/Administración Nac. de Aduanas", L.L., 1990-E-865, voto Dr. Hutchinson.

artículo 1112 del Código Civil "por riesgo administrativo derivado del monopolio de impartir justicia"¹³.

b) Las omisiones o irregularidades de los registros provinciales de la propiedad conforman un supuesto típico de la responsabilidad en examen. Ello así, porque "atienden sustancialmente a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles" por lo que su irregular ejecución compromete al Estado¹⁴. Por ende debe reparar la provincia el daño ocasionado "al expedir certificado como libre de inhibiciones y posteriormente inscribir la venta a pesar de que la enajenante estaba inhibida para vender sus bienes", ya que recae sobre el registro la obligación de observar la legalidad de las formas extrínsecas "que abarca la corrección de los datos sobre el registro notarial que se formaliza"¹⁵. La Suprema Corte de Buenos Aires —por su lado— resolvió que "la expedición de un certificado erróneo por parte del Registro de la Propiedad, no genera per se la responsabilidad del Estado, sino a condición de que el actor acredite que se ha frustrado la posibilidad de satisfacer su crédito"¹⁶.

En oportunidad de aplicarse estos principios a la responsabilidad de las entidades financieras intervenidas cautelarmente por el Banco Central —desestimando la pretensión de hacer extensiva al Estado la condena por el incumplimiento del banco cautelado, ya que no existe solidaridad de la autoridad monetaria si no haber mediado desplazamiento de sus órganos naturales— se aclaró "que, en principio, la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa —para el actor— la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función. Del mismo modo, si el reclamo se funda en la responsabilidad indirecta o refleja del principal por los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, incumbe al demandante demostrar la culpa del agente. Es decir —se agregó— que más allá de las diferencias existentes entre la situación reglada por el artículo 1112 del Código Civil y la prevista por el artículo 1113, 1er. párrafo, del mismo cuerpo legal en ninguno de los dos supuestos cabe invertir el *onus probandi* en perjuicio del demandado"¹⁷.

¹³ CNFed. Cont.-Adm. Sala IV, 8-IV-1986, "Naluzum, Alberto c/Gobierno Nacional (Ministerio de Justicia)", J.A., 1987-A-226.

¹⁴ CSJN, 27-VIII-1985, "Etcheberry Oscar I. y otros c/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1986-E-43; CSJN, 18-VIII-1990, "Brunero S.A. c/Provincia de Buenos Aires", J.A., 1990-IV-559.

¹⁵ CSJN, 8-X-1985, "Mankab S.A. c/Provincia de Buenos Aires y otros", L.L., 1986-E-128, con voto de Jorge Bustamante Alsina, "Responsabilidad del Estado provincial por la falta de servicio en que incurrió su Registro de la Propiedad Inmueble".

¹⁶ SCBA, Ac. 55143, 15-VIII-1985, "Camarderos de 25 de Mayo c/Yuco de la Provincia de Buenos Aires (daños y perjuicios)", SCBA, Ac. 50004, 14-VI-1994, "Spinetta, Alberto D. c/Provincia de Buenos Aires", Doct. Adm., 147-93.

¹⁷ CSJN, 20-XII-1994, "Demartini, Oscar P. y otros c/Banco Central", L.L., 1995-B-110.

c) También en el ámbito de la irregular prestación del servicio de seguridad policial se ha reflejado la testadura de la falta de servicio, siempre con fundamento en el artículo 1112 del Código Civil.

En algunos precedentes no ha sido obstáculo para determinar la responsabilidad directa del Estado la ponderación del comportamiento negligente del agente público, como en el caso en que a un policía se le disparó un tiro e hirió a la actora que, detenida por una contravención, se encontraba alojada en la comisaría; ello sin perjuicio de analizar desde la óptica de la culpa como factor subjetivo de atribución de responsabilidad, la actuación del causante directo del daño, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar¹⁸. Se efectuó ese mismo encuadre en el caso de quien creyendo ser víctima de un asalto se alejó del lugar resultando herido por una comisión policial, decidiéndose que la actitud de los agentes públicos fue desproporcionada y no se ajustó a las condiciones de ejercicio del poder de policía de seguridad estatal¹⁹.

Este emplazamiento normativo es diferente, en cambio, de aquel que postula que el Estado responde como principal por el hecho ilícito de un policía realizado con motivo de sus funciones ya que —en estos supuestos— se trata de una responsabilidad indirecta por la actuación de su dependiente (art. 1113, 1er. párr., Cód. Civ.). En ese sentido, verbigracia, se condenó al Estado por el hecho del cadete de la policía que se encontraba cumpliendo funciones como practicante en una Comisaría —lo que era necesario para su promoción como oficial— a quien se le disparó un tiro que mató al sobrino y nieto de las actoras²⁰. Este precedente remite a un *leading case* en el que se estableció que media relación entre la función y el daño producido por un policía, aun fuera de servicio, con el arma reglamentaria cuya portación permanente es obligatoria²¹. Igualmente en el marco de la relación de dependencia se condenó al Estado, en base a su responsabilidad indirecta como principal, por el homicidio culposo cometido por el agente provincial en acto de servicio²²; o cuando el pasajero que viajaba en un colectivo fue herido involuntariamente por el agente del orden que resistió un atraco²³.

¹⁸ CSJN, 8-X-1992, "Morales, María B. o/Provincia de Buenos Aires", E.D., 152-208, con nota aprobatoria de Germán J. Bidart Campos, "Responsabilidad del Estado por el ejercicio irregular del servicio de seguridad policial", y Fallos, 315-1903.

¹⁹ CSJN, 6-X-1992, "Rizzo, Claudio Jesús y otro o/Buenos Aires, Provincia de", Fallos, 315-2313.

²⁰ CSJN, 9-XII-1980, "G.O. de G. y otro o/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1994-C-546.

²¹ CSJN, 13-VI-1978, "Pañizo, Manuel o/Sicardiere, Oscar", L.L., 1978-D-77 y Fallos, 300-689.

²² CSJN, "Liliana Esther Sero o/Provincia de Buenos Aires", Fallos, 300-687, y L.L., 1978-D-77.

²³ CSJN, 18-IX-1967, "Velasco, Angulo Isaac o/Buenos Aires, Provincia de", Fallos, 310-1826; id., 18-XII-1967, "Gaglierno, José o/Bardín de Badarico, Paulette", L.L., 92-

Cabe enfatizar que en estos supuestos se configura una responsabilidad indirecta o refleja —tema que ya hemos analizado anteriormente²⁴— prescripta por el ya mencionado artículo 1112 del Código Civil, mientras que el artículo 1112 alude a un caso de obligación indemnizatoria directa derivada de la irregular prestación del servicio público.

También se ha citado el artículo 1112 del Código Civil en el precedente "Lozano" para fundar la condena por la actividad lícita del Estado cuando, sin mediar irregular ejercicio de funciones por sus órganos, se generaron daños a un vehículo particular por parte de la policía provincial al recuperarlo para su propietario, ejerciendo la fuerza pública contra quienes los retenían ilegítimamente²⁵. En doctrina, compartiendo la decisión de la minoría que propuso rechazar la demanda, se sostuvo que puede resultar inconveniente la extensión de la responsabilidad por actos lícitos por ser ello contradictorio con las funciones de gobierno y la distribución de las cargas, en base a la solidaridad, al inhibir al Estado de emplear los medios necesarios —incluso inevitablemente dañosos— para cumplir con el servicio de policía²⁶.

En la causa "Rebeco", invocando ese antecedente, al analizarse la responsabilidad de un particular por las heridas sufridas en un enfrentamiento policial con delinquentes, sin mediar culpa o dolo de sus agentes y ante el obrar lícito del personal de la Policía Federal en ejercicio de sus funciones específicas que ocasionan perjuicios a terceros, se sostuvo que ello no impone la responsabilidad del Estado en la medida en que se prive a alguien de su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales; ello así "no porque la conducta estatal sea contraria a derecho, sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo"²⁷.

1998, con nota de Prieto, y Fallos, 338:388; véf. Cúttas Rodríguez, Manuel, "Responsabilidad del Estado", L.L. 1995-E-326.

²⁴ Vid. nuestro trabajo "La relación de dependencia y la responsabilidad del Estado, como principal, por el hecho del policía", en anotación a fallo de la CSJN, 23-IX-1994, "Ferrer, Patricia M. c/Provincia de Buenos Aires", L.L. 1995-C-287; "La responsabilidad del Estado por el hecho lícito del policía franco de servicio", en anotación a fallo del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extrac contractual nro. 4, Santa Fe, 20-XI-1998, NG, D.B. c/A y Sup. Gobierno Provincia de Santa Fe c/daños y perjuicios", Jurisprudencia Santa Fe, nro. 30, pag. 89. Para la asunción al poder de policía estatal, ver López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad civil del Estado derivada del ejercicio del poder de policía" en Altieri, Adolfo A. - López Cabana, Roberto, *Temas de Responsabilidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, págs. 213 y sigs.

²⁵ CSJN, 12-V-1992, "Lozano Gómez, Juan C. c/Buenos Aires, Provincia de c/daños y perjuicios", con disidencia de Levene, Barro y Fayt en Fallos, 318:970 y L.L. 1994-B-427 y E.D. 169-112.

²⁶ Colautti, Carlos E., "Responsabilidad del Estado por daños ocasionados sin culpa", L.L. 1994-B-425.

²⁷ CSJN, 21-III-1995, "Rebeco, Luis M. c/Policía Federal Argentina", E.D. 168-378, con nota de Miguel S. Marchisoff, "Responsabilidad extrac contractual del Estado por las

Esta doctrina ha sido reiterada al condenar al Estado provincial por el ejercicio regular del poder de policía de seguridad que provoca daños a particulares, sosteniéndose que es la comunidad, beneficiada con ese servicio público, quien debe asumir ese riesgo afrontando los perjuicios derivados del accionar lícito del poder público²⁸.

Debemos señalar que resulta llamativo que se remita al instituto de la falta de servicio en las mencionadas causas "Lozano", "Rebecco" y "Toscano", en que no medió irregular prestación de actividades propias. En estos casos la reparación del daño injusto derivado de la actividad lícita²⁹ se fundó —en esencia— en la adecuada distribución de las cargas públicas y en la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada (arts. 14, 16, 17 y concs., Const. Nac.), propias del Estado de Derecho.

En cambio, y siempre en el marco de la prestación del servicio de policía de seguridad, se desestimó la demanda promovida contra la provincia de Buenos Aires por indemnización de daños y perjuicios a raíz de un choque, producido en la ruta ante la orden de detención impartida por personal policial que realizaba un operativo de control de vehículos, porque se acreditó que la provincia adoptó en el caso las diligencias razonablemente exigibles de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar³⁰.

En la misma orientación la Corte Nacional rechazó la acción indemnizatoria por la muerte del esposo de la actora, producida en un accidente cuando manejaba su automóvil, ante la aparición de un caballo suelto en la ruta, y se admitió la excepción de falta de legitimación pasiva porque "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte y no resulta razonable pretender que la obligación de prevenir los delitos pueda alcanzar las consecuencias dañosas producidas con motivo de hechos extraños a su intervención directa"³¹.

consecuencias dañosas de su actividad 'lícita' desplegada en el ámbito del derecho público", F.D., 167-969, entendiendo inaplicable al caso el art. 1112 —ya que debía acudir a las normas del derecho público— aunque coincidiendo en el resultado del fallo.

²⁸ CSJN, 7-II-1998, "Toscano, Gustavo o/Provincia de Buenos Aires", L.L., 1998-E-89, con nota de Jorge Bustamante Alcázar, "El Estado es responsable del daño que causa a terceros en el ejercicio lícito del poder de policía de seguridad".

²⁹ Para el concepto de daño injusto ver el magnífico libro de De Lorenzo, Miguel Federico, *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996. Para la responsabilidad por la actividad lícita ver —entre muchos otros— Andorno, Luis O., "La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alcázar*, dirigida por Alberto J. Bueres, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pag. 78.

³⁰ CSJN, 8-IX-1993, "García, Ricardo M. o/Buenos Aires, Provincia de", Fallos, 315:1893.

³¹ CSJN, 7-XI-1988, "Ruiz, Mirtha E. y otros o/Prov. de Buenos Aires", J.A., 1991-I-101 y L.L., 1990-C-429 con nota crítica de Jorge Bustamante Alcázar, "La responsabilidad