

Doctrina

Niños, niñas y adolescentes y vacunación COVID-19

Ejercicio de derechos y autonomía progresiva



Marisa Herrera

Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UNDAV).



Silvia E. Fernández

Asesora de Incapaces del Depto judicial mar del plata. Especialista en Derecho de familia (UNR). Profesora de Derecho de familia y sucesiones (UNMDP)

SUMARIO: I. Planteo del tema. — II. Principio de autonomía progresiva y vacunación COVID-19. — III. Breves palabras de cierre.

I. Planteo del tema

La centralidad que ocupa la temática de la vacunación contra el COVID-19 constituye hoy día un hecho tan indiscutible como complejo y aún impactante. El decrecimiento exponencial del número de casos de personas contagiadas como de fallecidas es otro dato de la realidad elocuente que se ha logrado gracias al avance y el cumplimiento de la campaña de vacunación llevada adelante en la Argentina y en el mundo con dispar desarrollo (1).

Un primer aspecto para señalar que nos convoca desde el ámbito jurídico gira en torno a la oferta de inmunización. Sabido es que la vacunación contra el COVID-19 no se encuentra incluida en el calendario oficial de vacunación establecido por el Ministerio de Salud de la Nación en el marco de lo dispuesto por el art. 6 de la ley 27.491 y demás disposiciones pertinentes en su calidad de Autoridad de Aplicación. En consecuencia y tal como se ha aclarado desde los inicios de su oferta, el acceso a la vacunación por COVID-19 es de carácter optativo, es decir, no obligatorio para toda la población, sin distinciones en razón a la edad o tipo de enfermedad de base que se tenga.

No obstante, la política pública nacional tendiente a lograr la vacunación COVID-19 por la población argentina constituye una estrategia de salud pública en los términos de la citada ley 27.491 por sus cualidades de prevención y efectividad (art. 2) y, a la par, reviste carácter de bien social (art. 2). El COVID-19 ha demostrado ser una enfermedad prevenible o cuyos efectos pueden disminuirse por medio de la vacunación (art. 1) y, en consecuencia, a esta política de inmunización le son aplicables varios de los principios contenidos en el art. 2 de la citada ley, a saber: 1) gratuidad del acceso a los servicios de vacunación y a la vacuna en sí misma, con equidad social para todas las etapas de la vida (en este sentido cabe reparar en las especificaciones que se requieren al momento de la inscripción, con prioridad de los denominados "grupos de riesgo", así como el cumplimiento escalonado del Plan conforme la franja etaria de ubicación de la persona, comenzando por aquellas de edad más avanzada y en forma decreciente, hasta llegar a la población que se constituye como sujeto de nuestras reflexiones: niños, niñas y adolescentes); 2) prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular (2); 3) disponibilidad de servicios de vacunación y vacunas; y 4) participación de todos los sectores de la salud y de otros vinculados con sus determinantes sociales, con el obje-

to de alcanzar coberturas de vacunación en forma sostenida (incs. a, d y e, respectivamente, art. 2 cit.) (3).

En este amplio marco de estudio atravesado por el lugar de la vacunación en el abordaje del COVID-19 desde la perspectiva jurídica, aquí pretendemos centrarnos en una cuestión en particular: la accesibilidad por parte de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) y, dentro de este ámbito, lo relativo al ejercicio de este derecho a la luz de uno de los principios rectores, como el de autonomía progresiva que compromete, a la par, los contornos del ejercicio de la responsabilidad parental frente a la toma de decisión de este acto sanitario por parte de sus hijos/as. Asimismo, se pretende indagar sobre los conflictos de intereses que puedan suscitarse en el acceso a la vacunación, sea entre las personas responsables de los NNA o bien

entre aquellas y sus hijos/as. Finalmente, se reflexiona sobre una situación especial, como lo es la negativa de los NNA a su vacunación y la necesidad de una respuesta interdisciplinaria que exige una mayor información y concientización, profundización de la política pública y no descansa en la búsqueda de una única respuesta desde una mirada cerrada centrada en el plano jurídico.

Antes de avanzar con la temática en cuestión, nos parece importante dejar asentada la siguiente aclaración. Aquí se analiza la cuestión del ejercicio de un derecho personalísimo por parte de los propios protagonistas, no sobre la pertinencia y/o beneficio psicosocial de que toda persona menor de edad vaya acompañada de personas de su confianza para que se sienta contenida, como también se lo considera positivo en caso de adultos que deben afrontar trata-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Para conocer el grado de avance de la vacunación en América Latina recomendamos compulsar la siguiente página <https://es.statista.com/grafico/24335/vacunacion-contra-el-coronavirus-america-latina/>.

(2) Si bien la prevalencia del interés público sobre el interés particular se lo relaciona de manera directa con la obligatoriedad de las vacunaciones —cuestión que no acontece en materia de COVID-19—, lo cierto es que lo ex-

cede. Justamente, en atención a esa interacción entre lo público o lo social y lo privado es que la vacunación es gratuita, de distribución masiva y bajo una fuerte campaña pública en favor en atención a la importancia de alcanzar la denominada "inmunidad de rebaño".

(3) El restante principio contenido en la norma consignado en el punto b. vinculado a la obligatoriedad para toda la población no se aplica para la temática en estudio.

Columna de opinión

¿Anomalías societarias?



P. Augusto Van Thienen

Socio fundador del Instituto CEDEFLaw y del Instituto IDEF | Empresa+Familia. Fellow Member, Family Business Center, Florida International University, EE.UU. Foreign Scholar, College of Law, Florida International University, EE.UU. Family Office Manager. Estate & Wealth Planning Certificate. The Institute for Family Business (UK). Miembro de la International Academy of Collaborative Professionals (IACP).

Véase el texto completo en p. 5

Nota a fallo

Phishing

Pedido de nulidad de préstamo. Acuerdo de conciliación. Restitución de fondos. Desistimiento del recamo de daño moral y punitivo. Homologación.

JCiv. y Com. 48a Nom., Córdoba, 03/09/2021. - González, Mario Alberto c. Banco BBVA Argentina S.A. s/ Abreviados - Otros - Trámite oral. 6

Los casos de "phishing" en la justicia argentina avanzan favorablemente para los damnificados

Christian H. Miller 7

Jurisprudencia

Amparo de salud

Afiliado que padece discapacidad. Cobertura de internación geriátrica. Alcances. Prestadores ajenos. Procedencia. CFed. La Plata, sala II, 05/10/2021. - M., R. C. c. Instituto de

Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA) s/ Amparo Ley 16.986. 10

Accidente de trabajo

Trabajador que prestaba tareas clandestinamente. Responsabilidad de la ART. Acción de repetición.

CNTrab., sala X, 09/08/2021. - Galeano, Fernando Carlos Ezequiel c. Mudarte S.R.L. y otro s/ accidente - acción civil. 12

mientos médicos complejos y/o de gravedad, entendiendo que es mejor no enfrentar este tipo de situaciones en soledad. Son dos planos de estudio muy diferentes. Aquí nos referimos al estrictamente jurídico que gira en torno al interrogante de si es válido el acto médico, si lo presta quién y en qué condiciones, cuando se trata de la vacunación por COVID-19 a personas menores de edad.

Conforme esta delimitación temática, las premisas que se sostienen en el presente ensayo son las siguientes:

-La necesidad de reconocer la diferencia existente entre niños y niñas como un sector poblacional y adolescentes por el otro, a fin de aplicar adecuadamente el principio de autonomía progresiva y las consecuencias jurídicas que de allí se desprenden en los términos del art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación y la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación publicada en el Boletín Oficial de fecha 8/01/2016.

-Los y las adolescentes deben tener acceso a la vacunación con su solo consentimiento, sin necesidad de asentimiento de sus progenitores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado (cfr. res. 65/2015 cit.), al ser la vacunación un acto considerado *no invasivo* en los términos del art. 26 del Cód. Civ. y Com. al no colocar en riesgo la vida o integridad de la persona; por ende, la exigencia de la presencia de un progenitor o adulto responsable, así como la suscripción de formularios o declaraciones juradas por parte de estos conculcan el *corpus iuris* vigente. En otras palabras, impedir o excluir que el o la adolescente pueda solicitar de manera virtual un turno para la vacunación, como exigir que vaya acompañado por un adulto para acceder a la vacunación constituyen malas prácticas sanitarias.

-En caso de desacuerdos entre el/los progenitor/es y el o la adolescente planteado por parte de un progenitor en forma de *oposición* —ya que insistimos que su participación no se exige en el acto— prevalece la opinión del hijo/a, en tanto se asegure que ha existido un verdadero proceso de consentimiento informado (conf. art. 5 ley 26.529 y art. 59, Cód. Civ. y Com.) en el marco del cual el o la adolescente haya tenido acceso a información, respuesta a preguntas, deliberación sanitaria y construcción de una decisión informada y responsable; ello sin perjuicio de la necesidad de profundizar en campañas de concientización a nivel de política pública y/o también de trabajar en el plano individual en la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada observándose que el ámbito educativo debería ocupar un rol central.

-Si el o la adolescente se niega a la vacunación debe recordarse que el caso de la inmunización COVID-19 no es obligatoria

de modo que no es de aplicación la compulsividad, ni lo dispuesto en el art. 11 de la ley 27.491 (4), prevaleciendo su negativa a la vacunación en tanto haya tenido acceso a información, y se le posibilite construir una decisión informada y responsable; más que la imposición forzosa debe trabajarse en campañas de concientización como política pública y en el plano individual la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada.

-En el caso de los niños y niñas, por aplicación del mismo marco normativo (art. 5 ley 26.529, arts. 26 y 59 Cód. Civ. y Com. y res. 65/2015), se debe requerir el consentimiento de uno/a de sus representantes legales, guardadores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado (piénsese por ejemplo la situación de los niños y niñas que se encuentran sin cuidados parentales alojados en espacios institucionales), previa información adecuada y adaptada al niño o niña, conforme los requisitos de construcción del consentimiento informado (art. 59 Cód. Civ. y Com.); en caso de conflicto de intereses entre ambos progenitores cabe en realidad advertir que la cuestión de la vacunación puede esconder un contexto más profundo y complejo de comunicación entre los progenitores; como todo desacuerdo entre ellos, su resolución, en caso de no poder zanjarse en el espacio sanitario, encuentra vía jurisdiccional en el marco de lo dispuesto por el art. 642 del Cód. Civ. y Com. y la intervención judicial para resolver los desacuerdos; en la resolución de este conflicto aparece central brindar al niño o niña la posibilidad de ser escuchado o escuchada y considerar su opinión conforme su edad y grado de madurez. Finalmente, y siguiendo al ya mencionado art. 26, la solución debe guiarse por el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la realización o no del acto; cabe insistir en recordar que esta vacuna no es obligatoria, de allí la importancia de profundizar en el proceso de consentimiento y deliberativo para arribar a consensos.

-Como última aseveración, debe tenerse en cuenta la especial división etaria que se ha llevado adelante en el marco de la vacunación del COVID-19. Al respecto, las categorías utilizadas han sido: de 12 a 17 y de 3 a 11 años. En este contexto, cabría preguntarse qué interpretación observar en relación con los niños y las niñas de 12 años. Aquí correspondería recordar que la noción adolescente encierra la presunción de discernimiento para el ejercicio de derechos relativos al cuidado del propio cuerpo; ello significa que a un niño o niña de 12 si bien no le rige dicha presunción, ello no lo excluye de manera automática de la posibilidad de solicitar turno para la vacunación y acercarse el día y el horario asignado para proceder a realizar este acto sanitario. ¿Acaso, por aplicación del principio rector en la materia de interés superior del niño no cabría estar a favor de la vacunación que es la intención del niño o niña? En

otras palabras, esta situación demuestra la relevancia de la conducta que lleva adelante la persona menor de edad, entendiéndose que el solo hecho de ir a vacunarse hace presumir su interés hacia la satisfacción de manera personal de un acto personalísimo, como lo es la vacunación y la consecuente demostración de que cuenta con edad y grado de madurez para ello.

II. Principio de autonomía progresiva y vacunación COVID-19

II.1. El principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el derecho argentino

La capacidad jurídica de niños, niñas y adolescentes está regulada a partir de los arts. 22 y ss. del Cód. Civ. y Com.. El art. 24 reconoce capacidad de ejercicio en favor de “la persona que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo”, remisión que involucra, centralmente, a las regulaciones de los arts. 25 y 26. El art. 25 considera adolescente a la persona menor de edad que ha cumplido 13 años y hasta la mayoría de edad —18 años—. Asimismo, entiende por niño o niña a la persona menor a ese límite de 13 años, es decir, a la franja entre los 0 a 13 años. Por lo tanto, la legislación vigente para estar en absoluta consonancia con el principio constitucional-convenional de autonomía progresiva define de manera diferencial la noción de niño o niña de la de adolescente, entendiéndose que ambas categorías ameritan respuestas o soluciones jurídicas distintas en respeto a la identidad de cada una de ellas. Solo a modo de ejemplo, cabe recordar lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva nro. 17 sobre la “Condición Jurídica” del niño en cuyo párrafo 101 sostiene que “Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (...). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

En materia de consentimiento informado, la columna vertebral del régimen jurídico gira en torno al principio de autonomía progresiva (conf. art. 5, Convención sobre los Derechos del Niño).

Las referencias que el Código Civil y Comercial efectúa tanto en el art. 24 como en el art 26 y en otras normas del cuerpo normativo en punto a la *edad* y *madurez*

suficiente resultan los componentes del llamado *principio de autonomía progresiva* (5) que, en rigor, precede a la construcción normativa del Código y encuentra su base constitucional en el mencionado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Conforme dicha norma, los progenitores y las progenitoras —así como las personas responsables de las personas menores de edad— deben ejercer *orientación* y *dirección apropiadas* con la finalidad de que niños, niñas y adolescentes *ejerzan sus derechos por sí*, de conformidad a las disposiciones de la Convención. De tal modo, las facultades de los y las adultos se consideran e interpretan como reconocidas con el fin de que hijos e hijas ejerzan sus derechos *por sí, conforme su edad y grado de madurez suficiente* (6). En este sentido y en el plano interno, esta directriz fue recibida previamente en el nuevo Código por el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que estableció a la *autonomía progresiva como integrante del interés superior del niño* y reconoció el derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes en las cuestiones que involucren sus intereses (arts. 3, 19.a, 24.b, ley 26.061). Regresando a la legislación civil, el principio se desprende de la que constituye la norma troncal en materia de autonomía progresiva y ejercicio de capacidad por la persona menor de edad que es el art. 26, conforme el cual si bien *la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos le que son permitidos por el ordenamiento jurídico*. Lo dicho se complementa por el art. 638 que brinda la definición de la *responsabilidad parental* y los principios contenidos en el art. 639 que, en tanto guías de interpretación, deben ser considerados en toda evaluación y decisión que involucre la medición de las facultades de hijos e hijas y los deberes y obligaciones de sus progenitores. Así, según se establece en el art. 639, uno de los principios de la responsabilidad parental es “la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos” (inc. b).

De conformidad con este juego normativo, existe una relación inversamente proporcional entre autonomía progresiva y responsabilidad parental: a medida que el hijo o hija adquiere mayor grado de autonomía, la segunda —responsabilidad parental o decisión de los/as progenitores en sustitución de sus hijos/as— decrece proporcionalmente. Ello ha sido previsto en la normativa civil y comercial muy particularmente, en lo que se refiere a actos personales o personalísimos (conf. art. 644 en torno al ejercicio de la responsabilidad parental por adolescentes progenitores; art. 645 que requiere el consentimiento de los y las adolescentes para todos los actos que exigen consentimiento de ambos progenitores;

(4) Art. 11: “Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento del incumplimiento de lo establecido en los artículos 7º, 8º, 10 y 13 de la presente ley deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión, conforme Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061”.

(5) Para una profundización de esta noción, pueden verse: HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, “Biopolítica y salud. El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado”, *Daños a la salud. Revista de derecho de daños*, 2011-3, Rubinzal Culzoni, ps. 538 y 539. GIL DOMÍN-

GUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, “Ley de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes”, *Ediar*, 2006, Buenos Aires, p. 453 y ss. FERNÁNDEZ, Silvia, “Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Argentino”, *JA Suplemento especial*, Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa (dirs.), SJA-2012/06/20-83. PELLEGRINI, María Victoria, “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad”, *RDF*, N° 42, Abeledo Perrot, p. 88. MINYERSKY, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño”, en GROSAN, Cecilia (dir.), Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Le-

xix Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 255; HERRERA, Marisa, “Una mirada renovada y necesaria sobre ciertos aspectos patrimoniales de la relación padres e hijos. Una intersección compleja entre capacidad civil y representación legal a la luz del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes”, en KRASNOW, Adriana (dir.), DI TULLIO BUDASSI, Rosana y RADYK, Elena (coord.), *Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011; HERRERA, Marisa, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061”, en FLAHL, Lily (dir.), FODOR, Sandra y DEL ÁRBOL, Mabel (coords.). *Los desafíos del derecho de familia en el siglo XXI. Derechos humanos. Bioética. Relaciones familiares. Problemáticas infanto-juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*,

Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 693 y ss.; GIL DOMÍN-GUEZ, Andrés - FAMÁ, M. Victoria - HERRERA, Marisa, “Derecho constitucional de familia...”, ob. cit., T. I, ps. 520 y ss.; BELOFF, Mary, “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, p. 4; entre otros.

(6) La noción más empírica o dinámica de “madurez”: “(...) hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado (...); la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez”, Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado, ps. 28-31.

art. 677 en torno a la participación autónoma en juicio del hijo o hija adolescente, sin previa autorización de sus progenitores, entre otras).

II.2. El principio de autonomía progresiva y la toma de decisiones en materia de salud

Sobre la base de esta estructura debe interpretarse todo lo relativo al ejercicio de derechos por parte de los propios adolescentes, en especial cuando se trata de actos personales o personalísimos. Precisamente, el art. 26 del Cód. Civ. y Com. expone en su segundo párrafo que la persona “que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”, observándose con mayor presencia esta mayor permisión en lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos, dentro de los cuales se incluyen los actos propios al campo de la salud. En otras palabras, habría un principio “pro autonomía” cuando se trata de personas adolescentes en lo relativo al ejercicio directo por su parte en todos aquellos actos personalísimos que comprometen su salud en el sentido amplio que recepta la Organización Mundial de la Salud (OMS), es decir, no solo involucra la salud física sino también psíquica.

La norma central y que delimita la estructura de la regulación legal con relación al principio de autonomía progresiva es el art. 26 del Cód. Civ. y Com. Este incorpora una clara distinción en torno al reconocimiento de diversos grados de capacidad jurídica para las personas menores y mayores de 13 años de edad. Cabe recordar que la normativa en su parte pertinente expresa: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” (párrs. 1º, 4º, 5º y 6º). Se vincula esta norma de manera directa con la regulación de la responsabilidad parental, en particular con el art. 639 del Cód. Civ. y Com., que establece como principios generales de la responsabilidad parental: “a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

Así, a partir de su 4º párrafo el art. 26 establece una serie de presunciones —que rigen a excepción de que se pruebe en contrario, es decir, no requieren un “test” o una prueba previa para su vigencia— conforme las cuales los y las adolescentes entre 13 y 16 años tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resul-

tan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Como se expuso anteriormente: “El gran abanico de actos que compromete el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes interpelado de manera constante por la noción de dinamismo, ínsita en toda cuestión que compromete el campo de la bioética, obligó a la legislación civil y comercial a adoptar un criterio flexible, para lo cual se debió apelar a los llamados ‘conceptos jurídicos indeterminados’, como tratamientos ‘invasivos’ y ‘no invasivos’ o que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’”. (7) Este concepto de *invasividad* por lo demás, es regulado en el art. 7 de la ley 26.529 y su dec. reg. 1089/2012 en relación con los casos en que el consentimiento informado debe brindarse por escrito.

A su turno, la ya citada resolución 65/2015 del MSAL, establece dentro de sus “reglas de interpretación normativa” que “Para la interpretación de todas las normas relacionadas con NNyA, incluyendo a las NNyA con discapacidad, corresponde ante todo tener en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial tiene como fundamento el reconocimiento de la categoría de sujetos de derecho a todas las personas”. En este contexto se asevera que “El criterio de ‘invasividad’ utilizado por el artículo 26 Cód. Civ. y Com. debe leerse como tratamientos de ‘gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud’. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como ‘invasivo que comprometa el estado de salud’, sino que además se lo asocia a tratamientos que ‘provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Por tanto, es de comprensión de este Ministerio que ampliar el tipo de tratamientos contemplados en la excepción a la presunción de la capacidad es restrictivo del derecho a la salud integral e injustificado”.

Solamente para los casos en que dichos efectos negativos sean previsibles, *conforme la evidencia científica* (cfr. resolución 65/2015 Ministerio de Salud de la Nación, BO 8/01/2016), dicho consentimiento del adolescente debe ser *integrado por el asentimiento de cualquiera de sus progenitores y/o personas que ejerzan roles de cuidado*. (art. 26 5º párrafo, res. 65/2015, cit.).

Por otra parte, en lo que respecta a la franja entre los 16 y 18 años de edad, también son adolescentes, a los que la legislación civil les otorga una mayor participación aún, en atención al principio rector de autonomía progresiva. Al respecto, el último párrafo del art. 26 expresa que “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Conforme lo hasta aquí expuesto, la autonomía progresiva de los y las adolescentes se mide no solo en función de su madurez suficiente —que deriva presumida por la normativa civil a partir de la edad de 13 años—, sino también en atención al acto de que se trate y la posibilidad de que —conforme evidencia científica— pueda impactar desproporcionadamente con daño o riesgo de daño en su vida o salud. (art. 26, res. 65/2015, cit.). Finalmente, a todos los adolescentes entre 16 y 18 años de edad se aplica una mayoría de edad anticipada en todo lo relativo al cuidado de la salud en los

términos amplios y holísticos que adopta la OMS, relativa al mayor y más completo grado de bienestar físico, psíquico y emocional.

II.3. Autonomía de los/las adolescentes para consentir por sí la vacunación contra el COVID-19

Conforme ya fue adelantado al esbozar las premisas de este trabajo, la vacunación en el caso de los y las adolescentes exige únicamente de su consentimiento informado, por no tratarse de un acto invasivo que comprometa la vida o integridad del o la adolescente. Dicho acto no requiere el previo, contemporáneo ni posterior asentimiento de sus progenitores o representantes legales o personas de cuidado, ni ningún tipo de conformidad.

En otros términos, tal como surge de lo dispuesto en el art. 26 en su cuarto párrafo, cuando se refiere a los adolescentes entre 13 y 16 años y en actos que se consideran no invasivos como es el caso de la vacunación en general —y dentro de ella la vacunación contra el COVID-19—, el asentimiento por parte de los/las progenitores está excluido, siendo necesario contar solo con el consentimiento informado que presta el o la adolescente como regla en todos aquellos actos personalísimos que no comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave para su vida e integridad física.

Consideramos que la propuesta interpretativa aquí vertida es la alineada con la interpretación del sistema vigente en su integridad. Es más, efectuando un parangón con el resto de los actos personalísimos en materia de salud, cabría preguntarse cómo es posible que en el derecho vigente una adolescente pueda acceder a la interrupción voluntaria del embarazo sin la necesidad de contar con el asentimiento de ningún adulto en los casos que se trata de tratamientos no invasivos, como lo son todos los supuestos medicamentosos que es la gran mayoría de los abortos realizados dentro de las primeras catorce semanas de gestación (conf. art. 8, ley 27.611), pero si esa adolescente quiere ser vacunada debe previamente contarse de manera obligatoria con el asentimiento de un progenitor o adulto responsable. Es evidente que un sistema así sería absolutamente incoherente desde el punto de vista sociojurídico. ¿Debería modificarse la reciente ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo (8) o modificarse las malas prácticas sanitarias que exigen la presencia adulta? La respuesta es obvia. Las prácticas deben ajustarse a las disposiciones normativas vigentes y no a la inversa; y todas ellas, normas y prácticas, deben respetar el principio central que las atraviesa, cual es el de *autonomía progresiva*, seguido y consolidado en el ámbito nacional por la ley 26.061 y el Código Civil y Comercial de la Nación.

Otra comparación puede realizarse con el acceso de adolescentes a actividades de investigación; al respecto, es dable traer a colación las “Pautas generales para la obtención del consentimiento informado para participar de una investigación” (9) elaboradas por la Dirección de Investigación en Salud Ministerio de Salud de la Nación, que se refieren a una cuestión más compleja que la vacunación: el consentimiento informado para la participación de adolescentes en ensayos clínicos. Como se

puede observar, se refiere a un supuesto más comprometido, porque el cuerpo de los adolescentes forma parte de indagaciones clínicas, por lo cual la salud y la vida podría encontrarse comprometida.

En este documento se afirma: “4. En el caso de menores de edad de 0 a 12 años se obtiene el consentimiento informado de los progenitores o tutores y el asentimiento del menor según su madurez (habitualmente se obtiene a partir de los 7 años). Para participar de ensayos clínicos de los/las adolescentes (13 a 18 años) se obtiene el consentimiento junto con el de los progenitores. En las investigaciones de menor riesgo y relacionados con la salud del adolescente puede obtenerse su consentimiento solamente. Esto es evaluado por el Comité de Ética en Investigación caso por caso, ponderando el mejor interés y el ejercicio de la autonomía del adolescente” (10).

En este contexto, fácil se puede colegir que si en las *investigaciones* de menor riesgo que comprometen la salud de los adolescentes en el marco de ensayos clínicos solo basta contar con el consentimiento de los propios involucrados, el caso de la vacunación que no implica participar de un contexto de investigación con mayor razón queda incluido en la regla de no invasividad y suficiencia del consentimiento adolescente por su menor impacto en la salud y vida.

En consecuencia, los y las adolescentes deben tener acceso a la vacunación con su solo consentimiento, sin necesidad de asentimiento de sus progenitores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado (cfr. Res. 65/2015 cit.), por tratarse de la vacunación de un acto considerado *no invasivo* en los términos del art. 26 del Cód. Civ. y Com., es decir, que no pone en riesgo su vida o integridad; la exigencia de la presencia de un progenitor o adulto responsable, así como la suscripción de formularios o declaraciones juradas por parte de estos y la exclusión del o la adolescente de esta firma de la documentación pertinente y de la prestación de su consentimiento informado, constituyen malas prácticas sanitarias.

Cabe ahora preguntarse qué solución brindar en caso de desacuerdos entre el/los progenitor/es y el o la adolescente; esta situación se daría exclusivamente en caso de aparecer planteado en forma de *oposición* por el adulto, ya que, insistimos, su participación no se exige en el acto. Concluimos —como ya anticipamos— que prevalece la opinión del o la adolescente en la decisión respecto al acto de vacunación, en tanto se asegure que ha existido un verdadero proceso de consentimiento informado (art. 5 ley 26.529, art. 59 Cód. Civ. y Com.) en el marco del cual el o la adolescente haya tenido acceso a información, respuesta a preguntas, deliberación sanitaria y construcción de una decisión informada y responsable; ello sin perjuicio de la necesidad de profundizar en campañas de concientización a nivel de política pública y/o también de trabajar en el plano individual en la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada.

En atención a esta línea argumental, disintimos con el comunicado de “La Defe” —así se autodenomina la Defensoría Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes— del 12/10/2021 (11) que, si bien el título se refiere a la cuestión de la vacuna-

(7) FERNÁNDEZ, Silvia E. - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, “El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud”, LA LEY, 2017-F, 805; TR LA LEY AR/DOC/2904/2017.

(8) Como es sabido, las leyes gozan de estabilidad y

presunción de legalidad hasta que se las haya decretado inconstitucional, cuestión que no ha sucedido hasta el momento, incluso en lo relativo a la cuestión del consentimiento informado por parte de personas menores de edad previsto en el art. 8 de la ley 27.610, reafirmado en

el correspondiente Protocolo actualizado por el Ministerio de Salud de la Nación en mayo del 2021 para estar en consonancia con lo previsto en la normativa vigente.

(9) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pautas_generales_para_obtencion_consentimiento_informado.pdf.

to_informado.pdf.

(10) El destacado nos pertenece.

(11) https://defensoraderechosnnya.gob.ar/wp-content/uploads/2021/10/9-VACUNACION-nn-COVID19_06102021.pdf.

ción de las niñas y niños de 3 a 11 años, allí se analiza también lo relativo a los adolescentes afirmándose que “Las y los adolescentes de 13 a 17 años pueden vacunarse sin otra autorización más que su decisión de hacerlo (Código Civil de la Nación, art. 26)”¹²; y se agrega que “De 13 a 15 años, si los padres se oponen, deben iniciar una causa judicial”. Más allá de que la redacción de la norma no es clara —al menos presta a confusión a quién se le exige iniciar una causa judicial, si al adolescente o a los “padres” (12), siendo que lo primero sería absolutamente improcedente conforme el art. 26 del Cód. Civ. y Com.—, advertimos una clara contradicción, porque si, efectivamente, tal como surge de lo dispuesto por el art. 26 del Código Civil y Comercial —no es solo Código Civil como allí se expresa—, es válido el acto de vacunación ante la sola manifestación de voluntad de los y las adolescentes de 13 a 17, cualquier oposición que pueda provenir de un tercero (sean los progenitores, los propios efectores de salud, etc.) no tendría ninguna consecuencia o impacto en el plano jurídico; sea una persona de 13, 15 o 17. En este sentido, hemos adelantado al inicio de este ensayo que, conforme la solución del art. 26 del Cód. Civ. y Com., la eventual situación de conflicto de intereses entre el/la adolescente y el/la progenitor/a se resuelve en favor de la posición del adolescente, más aún en este caso favorable a la realización del acto de vacunación por lo que ella encierra en un contexto psico-social-sanitario en el que se busca alcanzar la denominada “inmunidad de rebaño”.

El proceso de consentimiento informado adecuado debe, de manera amplia y veraz, informar en forma previa, clara y acorde a las facultades de comprensión del/la adolescente acerca del contenido previsto en el art. 5 de la ley 26.529 y art. 59 del Cód. Civ. y Com., lo que incluye su facultad de revocación hasta el mismo instante de la vacunación.

Finalmente, si el o la adolescente se niega a la vacunación, debe recordarse que la inmunización COVID-19 no es obligatoria, de modo que no es de aplicación la compulsividad ni lo dispuesto en el art. 11 de la ley 27.491 (13), prevaleciendo su negativa a la vacunación en tanto haya tenido acceso a información y se le posibilite construir una decisión informada y responsable; más que la imposición forzosa debe trabajarse la profundización de campañas de concientización como política pública y en el plano individual la provisión de información y erradicación de dudas respecto a la temática, que permitan a los y las adolescentes tomar una verdadera decisión informada.

II.4. Niños y niñas y acceso a la vacunación por COVID-19

II.4.a. El derecho de los niños y las niñas a participar y ser escuchados y escuchadas en la normativa vigente

Dentro de los ya mencionados principios generales de la responsabilidad parental contenidos en el art. 639 se enuncia “el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez” (inc. c.), en consonancia con lo dispuesto en el art. 3, inc. b) de la ley 26.061. Desde la obligada perspectiva

constitucional-convencional, este principio está contenido en el art. 12 de la CDN que contempla el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y oída y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta en todas las cuestiones que afecten o involucren sus intereses.

El concepto ha sido ampliamente desarrollado en la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño (2009), conforme la cual “Los Estados parte deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones “en todos los asuntos” que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado, si el asunto que se examina afecta al niño. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente” (p. 26). “El Comité considera preocupante que con frecuencia se deniegue a los niños el derecho a ser escuchados, incluso cuando es evidente que el asunto que se examina los afecta y que son capaces de expresar sus propias opiniones respecto de ese asunto” (p. 27). “Es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso” (p. 28).

A su turno, “Se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado” (14). Dicha participación es de carácter “libre” (art. 5 CDN), término que implica según la Observación General 12 del Comité lo siguiente: “El niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. “Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es, además, una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.” (p. 22).

II.4.b. El consentimiento para la vacunación en el caso de los niños y niñas

Como ya se anticipó, en el caso de los niños y niñas, por aplicación del mismo marco normativo (art. 5 ley 26.529, arts. 26 y 59 Cód. Civ. y Com. y res. 65/2015) se requiere el consentimiento de uno/a de sus representantes legales, guardadores, responsables o personas que ejerzan roles de cuidado, allegados y/o referentes afectivos de conformidad también con la noción que recepta el art. 7 del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061, previa información adecuada y adaptada al niño o niña, conforme los requisitos de construcción del consentimiento informado (art. 59 Cód. Civ. y Com.).

¿Cuáles son los argumentos jurídicos para esgrimir esta aseveración?

En primer lugar, es dable destacar la manera amplia con la cual se alude a los adultos responsables que deben prestar el consentimiento para la vacunación de

un niño o niña. Precisamente, esta interpretación protege a las personas más vulnerables, como lo son los niños y las niñas privados de cuidados parentales en situación de institucionalización, quienes accederán a la vacunación con la asistencia de las personas responsables de la institución que las o los asistan en el acto, no siendo procedente requerir autorización alguna al juez o jueza interviniente en el correspondiente control de legalidad de la medida proteccional.

Por otro lado, cuando se trata de progenitores, cabe recordar que el consentimiento que se exige se refiere a uno solo de ellos; es decir, no es necesario que se cuente con el consentimiento de ambos progenitores. Sucede que el art. 645 no incluye a la vacunación dentro de los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, por lo tanto se lo debe incluir dentro del principio general en materia de ejercicio de la responsabilidad parental en torno a que los actos celebrados por un/a progenitor/a se presume cuentan con el consentimiento del/la otro/a; salvo expresa oposición.

Por su parte, la resolución 65/2015 ha venido a clarificar esta cuestión; y siendo un documento emanado de la autoridad de aplicación en materia sanitaria, debe regir su interpretación en dicho espacio. Conforme esta norma, “en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNyA, la interpretación adecuada del término ‘progenitores’ del artículo 26 del Cód. Civ. y Com. (según el contenido del art. 59 del Cód. Civ. y Com.; Ley de Derechos del Paciente; decreto de la Ley de Salud Sexual), en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNyA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto, por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud. De esta manera, cualquier ‘allegado’ (art. 59 del Cód. Civ. y Com.) o referente afectivo (art. 7 decreto 415/2006 reglamentaria de la ley 26.061) podría asistir al NNyA en el consentimiento de dichos actos”. Con más razón, entonces, es suficiente con el consentimiento de un solo progenitor/a.

En igual sentido el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 15 de 2013 sobre el Derecho a la Salud, entiende que se deben equiparar las responsabilidades y derechos de todas las personas que ejercen roles de cuidado, ya sean padres biológicos, adoptivos, de acogida, tutores legales o habituales, y personas con las que el niño tenga una “relación personal estrecha”. De este modo, cuando en este trabajo nos referimos a progenitores o representantes legales, lo hacemos en estos términos amplios y comprensivos ya explicados.

En caso de conflicto de intereses entre los progenitores, cabe en realidad advertir que la cuestión de la vacunación puede esconder un contexto más profundo y complejo de comunicación entre ellos; como en todo desacuerdo, su resolución, en caso de no poder zanjarse en el espacio sanitario, encuentra vía jurisdiccional en el marco de lo dispuesto por el art. 642 del Cód. Civ. y Com. y la intervención judicial para resolver los desacuerdos en el ejercicio de

la responsabilidad parental; aquí aparece central brindar al niño o niña la posibilidad de ser escuchado o escuchada y considerar su opinión conforme su edad y grado de madurez para la resolución de la cuestión. Además, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado art. 26, la solución se rige por el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la realización o no del acto; debiéndose recordar nuevamente que esta vacuna no es obligatoria, de allí la importancia de profundizar en la noción de *proceso* que encierra el consentimiento en el que la información e intercambio de opiniones para arribar a consensos ocupa un lugar de relevancia.

Como cierre de este apartado, nos parece de relevancia traer a colación nuevamente el aludido comunicado elaborado por “La Defe” en el que se asevera de manera general que “Las niñas y niños de 3 a 12 años deben contar con el consentimiento de su madre/padre/tutor”. Esta afirmación genera algunas observaciones críticas, hábiles para profundizar la temática en estudio.

En primer lugar, se sigue con los términos clásicos de madre/padre/tutor, cuando, del juego de lo dispuesto en los art. 59 del Cód. Civ. y Com., el mencionado art. 7 del decreto 415/2006 y la también aludida resolución 65/2015, para facilitar el acceso a la vacunación, se debe adoptar un concepto amplio de *adulto responsable*, en la misma tónica que lo hace la ley 27.610, por citar una de las normativas más actuales que involucra el ejercicio de derechos que comprometen la salud por parte de personas menores de edad.

Por otra parte, las categorías que se utilizan en el marco de la vacunación por COVID-19 es la aludida de 3 a 11 y de 12 a 17. Si bien es diferente a la que sigue el Código Civil y Comercial, lo cierto es que ello amerita llevar adelante un análisis más pormenorizado de lo que acontece con los niños y las niñas de 12 años que están ya afuera de la categoría de adolescentes. ¿Esta exclusión por razones etarias impide de pleno el ejercicio del derecho a la vacunación? La respuesta negativa se impone. Tal como se adelantó en la parte final del primer apartado, en la legislación vigente la edad no es el único elemento de importancia a ser tenido en cuenta para la habilitación del ejercicio de un derecho personalísimo, sino que este ha sido complementado con otro de igual envergadura como lo es el grado de madurez. Es por ello que hace tiempo se asevera que una persona de 12 años no está impedida de pleno derecho a ejercer un derecho personalísimo, sino que debe demostrar que cuenta con la madurez suficiente para discernir sobre el acto que se trate. En este contexto, si una niña de 12 años solicita un turno para vacunarse y se presenta el día y la hora estipulada a vacunarse, ya ese solo hecho debería ser tenido en cuenta a los fines de analizarse en el ámbito médico —los profesionales que integran los vacunatorios— la madurez para el ejercicio de un derecho que es beneficioso para su salud. Al respecto, cabe recordar que esta ha sido la línea seguida por el decreto 2316/2003 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que reglamenta el art. 4 de la ley local 153 (Ley Básica de Salud), al establecer que “3. Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones

(12) El uso de la coma luego de “si los padres se oponen” remite como sujeto de la oración a los adolescentes y no a los padres. Queda como una aclaración entre comas “si los padres se oponen” y el “deben” remite a un sujeto tácito, que podrían ser los mismos padres (el sustantivo plural inmediatamente anterior) o bien a los adolescentes de 13 a 15 años, ya mencionados antes. Y por el

sentido del contexto parece lo segundo, es decir, que el sujeto tácito de “deben” son los adolescentes. En el mejor de los casos la expresión es ambigua.

(13) Art. 11.- Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento del incumplimiento de lo establecido en los artículos 7º, 8º, 10

y 13 de la presente ley deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión, conforme Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061.

(14) OG 14, cit., p. 77. “(...) Ello debe abarcar informa-

ción sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, las dietas, la salud sexual y reproductiva, los peligros de un embarazo precoz y la prevención del VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual” (p. 78) (La cursiva es propia).

de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)". Como se puede observar, aquí se le brinda entidad al hecho de requerir la atención de un servicio de salud como hecho que hace presumir la madurez para el ejercicio de derechos directamente vinculados con la salud y el cuidado del propio cuerpo. Ninguna de estas disquisiciones es atendida en el comunicado en análisis, el que parecería que se sigue centrando en la edad como único elemento a ser tenido en cuenta, cuando se trata del ejercicio de derechos personalísimos, en contradicción con lo que emerge del robusto *corpus iuris* constitucional, convencional y legal vigente que se inclina por el acceso a la salud por parte de los propios protagonistas como una de las tantas maneras de colaborar activamente en el afianzamiento del *principio de autonomía progresiva* en las prácticas en general; y en las sanitarias, en especial.

III. Breves palabras de cierre

Como se puede observar, el cruce entre vacunación y personas menores de edad atravesado por el obligado principio de autonomía progresiva genera una cantidad de consideraciones socio-jurídicas hábiles para demostrar todo el camino transitado —y el que resta por transitar— en una temática sensible, como lo es el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes. Sucede que esto impacta de manera directa en la lógica que encierra la figura de la *responsabilidad parental*, tan alejada —cada vez más— de la perimida noción de "patria potestad" en el que el *pater familia* era considerado "dueño" de la mujer, de la casa y de los hijos; en el que las construcciones estaban edificadas sobre la base de las ideas de verticalidad, autoridad, sumisión; y en el que la edad otorgaba una seguridad jurídica alejada de todo tipo de flexibilidad y humanidad que genera el reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho, con sus propias iniciativas, prejuicios e inquietudes.

La pandemia ha planteado un sínfin de nuevos interrogantes y, a la par, habría reafirmado, actualizado y profundizado

tantos otros. La vacunación por parte de personas menores de edad se podría enrolar en esta última categoría, en el que el *principio de autonomía progresiva* demuestra —una vez más— su centralidad y también complejidad, en especial, para aquellos que siguen construyendo interpretaciones desde una lógica clásica a pesar de los cambios sustanciales y estructurales que ha introducido el *corpus legal* vigente que aquí se ha sintetizado.

Como lo ha expresado Jean Jacques Rousseau: "Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla". Sabemos que el paternalismo médico sigue muy vigente; es por ello que el análisis que se lleva adelante en esta oportunidad se lo advierte más que necesario, a los fines de seguir interpelando prácticas y saberes que aún le temen a la libertad; a la autonomía de los NNA al comprometerse de manera directa y protagónica, nada más ni nada menos, que con el desarrollo de su propia vida. Se trata, en definitiva, de un gran acto de coherencia: seguir transitando, ampliando y profundizando un camino sin retorno como lo es el de los

derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3182/2021

Más información

[Wierzba, Sandra M. - Mansnerus, Juli - Malminen, Toni](#), "Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público. Análisis jurídico comparado durante la crisis del COVID-19", LA LEY 21/12/2020, 1, ADLA 2021-2, 181, LA LEY, 2021-A, 55, TR LALEY AR/DOC/3839/2020 [Peruzzotti, Mariano](#), "Acceso a la información sobre vacunación contra el COVID-19. ¿El pueblo tiene derecho a saber de qué se trata?", LA LEY 12/04/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/869/2021

Libro recomendado

[Manual de Derecho de las Familias](#)
Autor: Herrera, Marisa
Edición: 2ª actualizada y ampliada, 2019
Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires

Columna de opinión continuación

¿Anomalías societarias?

P. Augusto Van Thienen

I. Introducción

Las reflexiones que comparto con usted, estimado lector, son respuesta a una corriente de opinión —ciertamente muy influyente— que intenta convencernos de que ciertas anomalías societarias se han normalizado en estos últimos años; y que el empresario oportunista busca sacar provecho en perjuicio de la comunidad. Pero, además, los jueces no advierten el problema adoptando posturas dogmáticas completamente alejadas de la realidad de los negocios (1).

Esta corriente se esfuerza, desde hace ya muchos años, por instalar en nuestro medio la idea de que el empresario (sea local o extranjero) debe ser cuidadosamente vigilado por el Estado, pues la estructura societaria, la personalidad jurídica, el tipo, la limitación de responsabilidad, la sociedad *holding* y el capital social son herramientas que aquel utiliza para provecho propio en fraude a terceros.

Tengo para mí la sensación de que la principal anomalía pueda ser construir un razonamiento lógico a partir de esta premisa mayor.

II. Analicemos las anomalías

II.1. Personalidad jurídica y patrimonio de afectación

Sobre la base de que nuestro Código dispone el principio general de que todos respondemos con nuestro patrimonio si causamos daño, esta corriente de opinión pone en entredicho y pretende "patear" la piedra angular del sistema: el patrimonio de afectación.

Es precisamente por la creación de este sistema de patrimonios que el empresario decide invertir capital poniendo a riesgo su reputación. El sistema de patrimonios diferenciados ofrece al empresario el marco jurídico adecuado, necesario e indispensable para arriesgar e invertir. Claro está, siempre dentro del marco de la ley evitando abusar del sistema.

Y en este sentido nuestra ley es bastante equilibrada, pues le dice al empresario que si abusa del sistema, la responsabilidad se extiende. Y para ello basta leer los artículos 54 y 248 LGS; entre otras, incluso dentro del marco falencial, la ley de bancarrotas permite extender responsabilidad al empresario cuando la insolvencia se debe a "dolo"; esto quiere decir: cuando aquel (abusando de la estructura) traslada todo el riesgo a los acreedores.

Partiendo de la premisa mayor de que todos respondemos con nuestros bienes según ordena el Código Civil y Comercial, esta corriente de opinión llega a la siguiente conclusión: si el patrimonio de afectación no logra cubrir las obligaciones contraídas, la responsabilidad debe extenderse a todo el universo patrimonial. Siguiendo con esta lógica, la pregunta que sigue es la siguiente: ¿para qué sirve la estructura societaria?

Coincidimos con el principio general de que todos respondemos con nuestro patrimonio, como prenda común de los acreedores; salvo excepciones, entre ellas, el sistema societario. Vale la pena recordar que *ley especial deroga ley general*.

Pero como todos somos individuos naturalmente adversos al riesgo, y aun haciendo el esfuerzo intelectual de compartir la tesis de esta corriente de opinión, la verdad empírica demostraría que todos los mortales habríamos constituido y creado estructuras jurídicas simuladas (o no) para pro-

teger nuestro patrimonio. Con esto quiero decir que si el sistema societario no existiera, el empresario se las rebuscaría para poder invertir capital de riesgo asegurando su patrimonio personal de la agresión de los acreedores.

Conclusión: todo el mercado sería una suerte de "Gran Hermano" donde nadie sería dueño de nada. Todos seríamos fiduciarios y fiduciarios, con las consecuencias negativas que ello traería aparejado para el desarrollo económico y el flujo de capitales. El costo transaccional de este modelo "híbrido" de patrimonio diferenciado tiende a ser infinito, llegando al extremo de aniquilar todo espíritu de empresa.

II.2. Limitación de responsabilidad

Esta misma corriente pone en tela de juicio el sistema de limitación de responsabilidad, sistema que va inescindiblemente unido al sistema anterior; esto es, al patrimonio de afectación.

Esta corriente nos explica que en el siglo XVII la limitación de responsabilidad, como "*Bill of Indemnity*", provocó estupor y hasta incluso llegó a estar prohibida. Nos enseña que dicha franquicia incentivó la comisión de fraudes y estafas que terminaron por poner en jaque el propio modelo, puesto que la responsabilidad limitada, las acciones al portador y el anonimato habían provocado estragos entre los mercaderes y consumidores de entonces. Aquel modelo incipiente de limitación de responsabilidad había sufrido un severo daño reputacional.

Sin embargo, a pesar de toda esa desgracia, el mercado encontró sus balances y anticuerpos aprovechando los beneficios que ofrecía el modelo de limitación de responsabilidad, anonimato, acciones al portador, patrimonio de afectación, personalidad jurídica, emisión de acciones, etc. Los Estados irrumpieron regulando el tipo, autorizando el funcionamiento de las sociedades, imponiendo normas de gobierno corporativo, reconociendo derechos a los accionistas minoritarios y creando tribu-

nales especializados competentes en esta compleja materia mercantil.

Así las cosas, desde la Revolución Industrial a nuestros días la humanidad se ha visto beneficiada por el modelo de limitación de responsabilidad y patrimonio de afectación, siendo este, quizás, el mayor aporte de la ciencia jurídica a la humanidad. Basta mirar a nuestro alrededor para darnos cuenta de que sin este modelo la civilización jamás hubiera llegado hasta aquí. Me pregunto, ¿qué pasó con las víctimas del *Titanic*?

Y la lista continúa ...

II.3. Capital social: ¿otra vez sopa?

Esta corriente de opinión critica con elocuencia la postura dogmática que muchas veces adoptan nuestros jueces frente a fenómenos grupales limitando la responsabilidad de los accionistas de control y desoyendo la realidad. Esta corriente se muestra implacable al criticar la labor jurisdiccional "*mirando para otro lado*", sin que los jueces adviertan que el empresario abusa de la estructura societaria con el ánimo de proteger su patrimonio causando daño a terceros; hasta incluso evadiendo el pago de tributos.

Sin embargo, esta misma corriente insiste sobre la importancia del capital social como elemento clave del sistema patrimonial societario asignándole una función de garantía, inexistente. Me pregunto: ¿insistir sobre esto no es, también, abrazar un dogma?

Esta corriente insiste en esta postura desde hace muchos años desoyendo no solo las voces de quienes opinan lo contrario, sino, y mucho más grave, la voz del mercado y de la realidad de los negocios.

Lo primero que tenemos para decir sobre este punto es que en otras economías del globo existen empresas sin capital social; y me estoy refiriendo a verdaderos conglomerados empresariales con presencia internacional. Muchas de las marcas que consumimos a diario carecen de capital

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) NISSEN, Ricardo Augusto, "La naturalización de las anomalías societarias". LA LEY, 1/10/2021.

social. Son empresas que funcionan, se desarrollan y capitalizan a valores billonarios en los mercados de valores, y, en su mayoría, sin capital social. Con esto quiero poner de relieve un dato no menor: no es cierto que el capital social sea un elemento esencial y mucho menos que opere como garantía de los acreedores.

Ahora bien, más allá de que el sistema societario adopte un modelo de capital social (o no), está claro que ambos modelos comparten datos comunes: 1) la existencia de un patrimonio de afectación, 2) la personalidad jurídica y 3) la representación del capital en derechos participativos (acciones o cuotas) como elementos esenciales de la estructura societaria. Pero lo más relevante, más allá del capital social, es que ambos sistemas comulgan con un dato clave: *la limitación de responsabilidad*.

En un caso, la limitación se anclará en la cifra estatutaria del capital social; y en otro, se anclará en la cifra del patrimonio. Lo importante es que ambos modelos funcionan razonablemente bien; ahora bien, la diferencia más significativa entre uno y otro es que el sistema que ignora el capital social tiende a funcionar con mucha mayor eficiencia y transparencia. En efecto, este sistema evita; entre otras cosas, el fenómeno de la licuación dolosa de minorías, los aumentos de capital lesivos, la emisión con prima o a la par, las acciones liberadas, la cuenta ajuste de capital, el derecho de preferencia; entre otras maniobras solo motivadas por el instituto “perverso” del capital social.

A pesar de todo esto, esta corriente de opinión se sigue rasgando las vestiduras en apoyo de un concepto jurídico absolutamente fútil; y el resultado empírico y de mercado es elocuente: no solo ha sido útil para tensionar relaciones societarias perjudicando, en muchos casos a accionistas minoritarios; sino que, además, ha mostrado ser absolutamente ineficaz e inútil como garantía de los acreedores quirografarios. O sea, un absoluto fracaso en términos jurídicos y empíricos.

La paradoja de todo esto es que el fenómeno de la infracapitalización societaria (*Thin Capitalization*) que esta corriente de opinión cita en apoyo de su tesis na-

ció; precisamente, en el *Common Law* que desprecia la noción de capital social. Con esto quiero decir que la infracapitalización como fenómeno patrimonial no es consecuencia del capital; sino, de una conducta y un obrar ilícito del empresario. La infracapitalización es un fenómeno delictivo que debe ser condenado y sustenta sus bases no sobre la existencia de un capital; sino, sobre el abuso de la personalidad jurídica; esto quiere decir, actuar en el mercado con un patrimonio significativamente insuficiente no acorde a las obligaciones asumidas. Frente a esta conducta irresponsable el empresario traslada su riesgo a los terceros desinformados. No podemos ser tan infantiles de creer que esta conducta delictiva la vamos a evitar con el capital social.

Quizás el dato más elocuente sobre el desprecio que nuestra Ley General de Sociedades tiene respecto de la presunta función de garantía del capital social podemos encontrarlo en el artículo 206. En efecto, frente a pérdidas operativas que consuman la totalidad de las reservas más el 50% del capital social nuestra ley ordena llevar adelante una reducción contable del capital; esto es, hacer un mero ajuste en el balance que nadie lee ni entiende; y mucho menos, los acreedores quirografarios, desinformados y atomizados que son, supuestamente, los destinatarios de esta garantía.

Nuestra ley impone aportar nuevo capital (esto es exceder el riesgo originario) solo cuando estamos frente a pérdida total; esto quiere decir que, hasta tanto la empresa no arroje patrimonio neto negativo el accionista está protegido por el sistema legal que dice: usted limita su responsabilidad hasta la cifra del capital aportado. ¡En el interín los acreedores quirografarios ven licuada su garantía!

¿Entonces?

Creo que es hora de abandonar los dogmas y comenzar un debate abierto, sincero y más inteligente evitando caer en la trampa del Dilema del Prisionero.

III. Sí, Argentina necesita su Delaware

Esta corriente de opinión se pregunta “*cómo no nos ponemos colorados*” quie-

nes pregonamos esta idea. Además, señala que nuestra posición es “*una apología del más absoluto oscurantismo societario*”, fomentando un modelo donde prevalece el control de los administradores con la consecuente impunidad del empresario sin escrúpulos. Para esta corriente de opinión, Delaware sería el “*Templo de la oscuridad*” (sic) (2).

Es importante señalar que en el modelo societario del *common law*, el gobierno corporativo se sustenta sobre la concentración de poder en manos de los administradores, quedando a los accionistas un poder residual para decidir sobre algunos temas considerados estratégicos; por ejemplo, una reorganización. La política de dividendos, la emisión de acciones, el precio de suscripción, los honorarios de directores, la aprobación de balances; entre otros temas quedan en manos de los administradores, no teniendo los accionistas ni voz ni voto. Llama la atención semejante concentración de poder en manos de los administradores, pero este modelo funciona bastante bien desde hace varios siglos; sin considerar que, además, es el modelo de gobierno corporativo al que aspiran casi todos los mercados desarrollados del planeta (3).

Este modelo de concentración de poder en manos del CEO (*Chief Executive Officer*) parte de la teoría de la agencia (*Agency Theory*) y de los deberes fiduciarios que tienen quienes ocupan el lugar de agentes. Ese modelo pone toda la responsabilidad en cabeza de los administradores (*Board of Directors*) y por lo tanto asumiendo toda la responsabilidad por actos de administración y por decisiones negligentes (*The Business Judgement Rule*) (4). Este modelo de transparencia y gobierno corporativo ha probado ser bastante eficaz y también ha probado sentarle bastante bien al empresario, los terceros y consumidores. Es más, la mayoría de las empresas que producen, fabrican y prestan muchos de los bienes y servicios que a diario consumimos están sustentadas sobre la base de este modelo de transparencia.

Y diré más, los derechos de los accionistas minoritarios (*outsiders*) se encuentran mejor protegidos y tutelados bajo este

modelo de transparencia y gobierno. Estudios académicos así lo demuestran. Países como el nuestro, junto con la región, han mostrado tener niveles de protección muy inferiores al modelo norteamericano (5). Y la verdad es que, más allá de Delaware o el Estado de la Florida, lo que importa al final de cuentas es el modelo de transparencia y de *enforcement*. Está claro que si empresas creadas en esos paraísos (también tildados como verdaderas cuevas fiscales) cometen tropelías en el exterior, bastará una sentencia de tribunal competente del país del exterior para hacerla ejecutar *via exequatur*.

Delaware ofrece algo mucho más rico que una mera jurisdicción con ciertos beneficios fiscales: ofrece seriedad e independencia del Poder Judicial, ejecución de sus decisiones y alto valor reputacional.

IV. Mis conclusiones

No tengo por qué “*ponerme colorado*” por afirmar que el Estado de Delaware ofrece una de las jurisdicciones más aptas para constituir una sociedad bajo derecho norteamericano; no considero que sea negativo “*importar*” modelos exitosos y eficientes para el Estado y el mercado; y tampoco considero que esté haciendo “*apología*” por proponer un modelo donde el Estado asuma un rol de control pasivo permitiendo a los empresarios asumir con responsabilidad su rol dentro de la sociedad y pagando por las consecuencias en caso de abusar del sistema.

Oportunistas, pillos y bandidos hubo siempre, y los seguirá habiendo; pero lo que no podemos, bajo la excusa de tutelar el interés general o un orden público indiscutible, pretender avasallar derechos ni limitar el tráfico mercantil bajo la sospecha de que quien recurre a la estructura societaria, a una *holding*, a una sociedad vehículo, a unas SAS o a una jurisdicción especial, lo hace con el móvil de perjudicar (6).

Para mí, esta forma de pensar es, sin duda, la principal anomalía.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3183/2021

(2) Quien desee profundizar puede leer: VAN THIE-NEN, P. Augusto, “Argentina necesita su propia Delaware. Reflexiones en torno a la RG 8/2021 IGJ”. La Ley, 09/08/2021.

(3) El modelo de concentración de poder en manos de los administradores y los CEO ha motivado serios y profundos debates académicos en los Estados Unidos de Norteamérica a raíz de la crisis de las hipotecas *sub-prime*, donde la compensación de los CEO quedaba atada al valor de capitalización de las empresas al incentivar a los *managers* a actuar en interés propio violando el deber fiduciario de lealtad y buena fe. Sin embargo, a pesar de la crisis provocada por este mo-

delo de concentración de poder en manos de los CEO, el mercado y la academia ha entendido que la opción más eficiente es mantenerlo, pero con cierto grado de control solo para las empresas que recurren al ahorro público a través del mercado de valores. *Vid, Optimal Executive Compensation vs Managerial Power: A Review of Lucian Bebchuk and Jesse Fried's Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Michael S. WEISBACH. November 21, 2006. <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/u.osu.edu/dist/8/7843/files/2015/01/bebchukfried-10qza4g.pdf>

También puede consultarse *Executive Compensation as an Agency Problem*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 17, ps. 71-92, 2003. BEBCHUCK, Lucian, *Harvard Law Review*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=364220; entre muchos otros.

(4) *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. JENSEN, Michael C. – MECKLING, William H., <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0304405X7690026X>. *Delaware's Business Judgment Rule and Varying Standards of Judicial Review for Assessing Director Conduct in M&A Transactions.*, Irwin H. WARREN and Bradley R. ARONSTAM. http://www.ramlp.com/media/article/12_Canadian%20Institute%20Article.pdf.

(5) *Corporate Ownership Around the World*, February 1998, *The Journal of Finance*, Rafael LA PORTA; Andrei SHLEIFER and Florencio LÓPEZ DE SILANES. <https://www.researchgate.net/publication/5065510>.

(6) Resulta interesante destacar la doctrina de la CNCom., sala C en el caso *Boswil*, sociedad presuntamente propietaria de un único inmueble en CABA. Frente a esta situación la Inspección General de Justicia decretó de oficio la inoponibilidad de la personalidad. Frente a esta resolución particular el tribunal sostuvo con énfasis que los poderes del Estado no pueden avasallar derechos individuales sin respetar el debido proceso, columna vertebral de un modelo republicano y liberal.

Nota a fallo

Phishing

Pedido de nulidad de préstamo. Acuerdo de conciliación. Restitución de fondos. Desistimiento del recamo de daño moral y punitivo. Homologación.

Corresponde homologar el acuerdo conciliatorio consistente en la anulación del préstamo, la restitución de fondos y el desistimiento del reclamo de daños y perjuicios, toda vez que lo acordado emana de la expresión libre de la voluntad de las partes; cada una

contó con el debido asesoramiento letrado, tratándose de derechos patrimoniales disponibles, no encontrándose comprometido el orden público y contando con la conformidad del Ministerio Público Fiscal.

JCiv. y Com. 48a Nom., Córdoba, 03/09/2021. - González, Mario Alberto c. Banco BBVA Argentina S.A. s/ Abreviados - Otros - Trámite oral.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139279/2021]

1ª Instancia.- Córdoba, septiembre 3 de 2021.

Vistos:

El acuerdo al que han arribado las partes en el marco de la audiencia preliminar que textualmente dice:

“En la Ciudad de Córdoba, a los 03 días del mes de septiembre de 2021 siendo las 09.45:00 hs. en estos autos caratulados “González, Mario Alberto c. Banco BBVA Argentina SA - abreviados - otros - trámite oral - N° 9855847” que tramitan por ante el Juzgado de 1º Instancia y

48º Nominación en lo Civil y Comercial de esta Ciudad, comparecen por ante SS y Prosecretaría autorizada, por la modalidad a distancia por el enlace comunicado a las partes por Google Meet (<https://meet.google.com/buo-thto-ths>), luego de haber pasado a un cuarto intermedio a pedido de ambas partes, el actor Sr. Mario Alberto González y su letrado apoderado, Dr. Hugo Fabián Pérez Carretta, por la parte demandada, Banco BBVA Argentina SA, su apoderado, Dr. Enrique Allende.

Véase el texto completo en p. 9

Los casos de “phishing” en la justicia argentina avanzan favorablemente para los damnificados



Christian H. Miller

Abogado (UCA). Especialista en Derecho de la Alta Tecnología (UCA) con formación en Cibercrimen y evidencia digital (UBA) y en Protección de datos personales, privacidad y *compliance* (UP). Asesor Jurídico en el Centro de Protección de Datos Personales (CPDP) de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad. Dedicado, en el ejercicio libre de la profesión, al derecho penal y a las tecnologías de la información y la comunicación. Es docente, ha publicado artículos, participado en obras grupales y brindado cursos en diferentes medios especializados.

SUMARIO: I. Introducción: antecedentes y jurisprudencia. — II. Algunas consideraciones sobre el “phishing”. — III. Sobre el acuerdo homologado en Córdoba. — IV. Sobre la responsabilidad objetiva del Banco.

A propósito del reciente fallo de la Justicia de Córdoba que homologa un acuerdo entre una víctima de una “estafa virtual” y un banco comercial, en donde se anula el préstamo que los delincuentes obtuvieron suplantando la identidad del consumidor.

I. Introducción: antecedentes y jurisprudencia

Poco a poco, vamos dejando atrás los dolores provocados por la pandemia. Sin embargo, el flagelo de las “estafas virtuales”, lógica consecuencia de la extrema digitalización a la que nos sometimos en cuarentena, sigue entre nosotros. Lamentablemente, ya no se trata de un fenómeno estacional o aislado, sino que se ha coronado como el *modus operandi* preferido por los delincuentes en épocas de COVID.

Así lo sostiene, por ejemplo, la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (a cargo del Dr. Azzolin), que presentó su informe de gestión (1) y destacó el crecimiento de “fraudes bancarios, usurpación de identidad y acosos” en este período. “Entre abril de 2019 y marzo de 2020 se recibieron 2581 reportes y la Unidad inició 163 investigaciones preliminares, mientras que entre abril de 2020 y marzo de 2021 se registraron unos 14.583 reportes, lo que equivale a un 465% de aumento”, dice el trabajo publicado en septiembre de este año.

Y luego se detalla que “ante la creación de programas gubernamentales asociados a la pandemia, comenzaron al mismo tiempo a desplegarse maniobras cuyo ardid o engaño giraba en torno a la tramitación de aquellos beneficios (...) Se detectaron también accesos ilegítimos a cuentas bancarias y a cuentas de ANSeS, por medio de los cuales se lograban realizar desplazamientos patrimoniales perjudiciales (...) La UFECL detectó 663 casos con modalidades principales o secundarias relacionadas con esta maniobra, lo que equivale a un 4,5 de la totalidad de los reportes recibidos (...) El *phishing* también cobró cierta preponderancia: en los doce meses anteriores a la pandemia, los reportes que involucraban este tipo casos de este tipo alcanzaron un total de 244, mientras que en el período posterior ascendieron a 1079. En la mayor parte de los casos, el engaño se llevó adelante a través del envío de correos electrónicos suplantando la identidad de alguna entidad financiera o plataforma digital (...) Con respecto al acceso ilegítimo a sistemas o datos informáticos, en el período previo a la pandemia los casos detectados ascen-

dían a un total de 229, mientras que en los doce meses posteriores se relevaron 1220 maniobras”.

También empresas dedicadas a la seguridad informática, como Kaspersky y Eset, nos vienen alertando desde el año pasado que la modalidad preferida de los ciberdelincuentes es suplantar la identidad de algunos bancos. La primera compañía detectó (2), con su sistema “Anti-Phishing”, solo en el primer trimestre de 2021, 79 millones de intentos de visita a páginas fraudulentas —casi el 6% de sus clientes ya se enfrentó a algún ataque de “phishing”—, y la segunda destacó (3) que “este año se alcanzó un pico histórico” de sitios de “phishing”, y que el sector más apuntado sigue siendo la industria financiera.

Pero, ¿se trata de información que solo “los especialistas” poseen? Para nada. Ya en febrero de este año, mediante trámite N° 27.762/2020, y “ante el incremento de casos de estafas bancarias virtuales, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires le recomendó una serie de acciones al presidente del Banco Central de la República Argentina (BCRA) tendientes a reforzar las medidas de seguridad informática en todas las entidades bancarias” (4).

Y en julio, el mismo Banco Central publicó en su web un artículo que tituló “Se refuerza la responsabilidad de los bancos por los créditos que otorgan a través de canales electrónicos” (5), donde advirtió que “Las entidades financieras tendrán que verificar fehacientemente la identidad de las personas que solicitan la acreditación de créditos preaprobados a través de los canales electrónicos (...) —y que— la verificación deberá hacerse mediante técnicas de identificación positiva, lo que refuerza la obligación que ya tiene la entidad financiera de la responsabilidad de detectar la posibilidad de engaños de ingeniería social”.

Es que, para ese entonces, juzgados de todo el país entendían ya en casos como el que aquí nos convoca. Y el criterio, como veremos a continuación, pareciera ir en un mismo sentido (aunque con excepciones).

En “P.J.A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires” (6), la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, el 5 de noviembre de 2020, confirmó la medida y ordenó al Banco “suspender en forma cautelar la realización de descuentos en la cuenta del actor, que tengan su causa en préstamos que este afirma no haber realizado por haber sido víctima de ‘phishing’”.

En “M. A. M. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Daños y Perjuicios” (7), la justicia de Mar del Plata, el 23 de marzo de 2021, hizo lo propio y le ordenó al Banco Provincia “que se abstenga de realizar... cualquier débito o retención con motivo del préstamo personal acreditado”, y la restitución “de forma inmediata” de los fondos ya retenidos, porque habría “fallado en su deber de seguridad al permitirle a un tercero suscribir una contratación” en nombre de la actora.

En “Reimondi, José Antonio c. Banco Nación Argentina s. Ley de Defensa del consumidor” (8), el Juzgado Federal N° 1 de la Ciudad de Bahía Blanca confirmó, el 27 de mayo de 2021, la sentencia de primera instancia donde se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y se ordenó al Banco abstenerse “de efectuar los descuentos que se realizan en la cuenta bancaria de titularidad del actor, originados por el préstamo obtenido a través del servicio de *home banking* de dicha entidad por la suma de \$270.000 y la suma de \$16.000 en concepto de extracción, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos”.

En “Moncaut, Ana c. Banco BBVA Argentina SA c. Medida Precautoria” (9), la justicia civil “habilitó feria” para atender la urgencia del caso y resolvió, el 22 de julio de 2021, “ordenar al Banco BBVA Argentina SA que se abstenga de efectuar descuento alguno sobre cualquier cuenta bancaria en relación al préstamo personal acreditado en la caja de ahorro de la Sra. Ana Verónica Moncaut (N° 321-730451/6) por la suma de \$ 320.000 hasta tanto recaiga decisión firme en la causa que habrá de promoverse en los términos del art. 207 CPCCN”.

En “Olguín, Mónica c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. Nulidad de Contrato” (10), la justicia de Mar del Plata, el 5 de agosto de 2021, “hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y, en consecuencia, ordenó al banco demandado que se abstenga de debitar de la cuenta de la accionante las cuotas originadas en el préstamo bancario impugnado, y dispuso ‘congelar’ los fondos del crédito que quedaron en la cuenta caja de ahorros”.

En “Gómez, Betsabé Martina c. Banco de Galicia y de Bs.As. SAU s. Demanda de Derecho de Consumo” (11), tal vez el fallo más fulminante a esta fecha, el Juzgado Civil y Comercial 4ta. Nom. de la Ciudad de Rosario no solo hizo lugar a la demanda, sino que además condenó “a Banco de Galicia y Buenos Aires SAU a pagar a la actora, en el

término de cinco días, las sumas otorgadas por este fallo con las modalidades dispuestas en los considerandos de esta resolución y cuyo importe definitivo resultará de la planilla a practicarse en autos”. También ordenó al banco “la cancelación del préstamo que le fuera acreditado en fecha 6 de agosto de 2020 a través del servicio de *home banking* debiendo abstenerse de efectuar las detracciones de las cuotas de este”.

Y del otro lado de la grieta nos encontramos aberraciones como en “Gauna, Beatriz Isabel vs. Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s. Sumarísimo” (12), donde se resolvió rechazar la “demanda incoada por la actora por los daños y perjuicios padecidos al resultar víctima del delito de *phishing*”, porque “la conducta que mantuvo la reclamante (...) implicó una participación consciente y deliberada que quebró el nexo de causalidad (...) Se aprecia evidente en el caso la ‘culpa de la víctima’ (...) La señora Gauna reconoció ser usuaria frecuente del *home banking* (...) Admitió que la direccionaron a la solapa ‘claves’ y que no pudo reaccionar adecuadamente debido al apuro que le imprimieron (...) También debe llamar la atención —y no hay una forma cortés de decirlo— que una persona adulta, oficial de policía, sucumba frente a la presión del llamado. Sabe o debe saber que quien llamó una vez puede hacerlo nuevamente sin inconveniente (...) párrafo aparte merece el análisis del legajo penal, ya que, incomprensiblemente, allí se logró establecer la identidad de los delincuentes (...) A fs. 18/19 de la prueba documental constan los datos de las beneficiarias de las transferencias realizadas luego de pedir el préstamo a nombre de Gauna. Son dos mujeres de Córdoba, de 21 y 24 años, que habrían empleado un celular radicado en CABA para comunicarse con Gauna (...) Pero no se formuló ninguna imputación penal”.

¿Todavía existen quienes imprimen “culpa de la víctima” al acto de contratar un préstamo (sin acreditar identidad) dentro de la plataforma cuya seguridad debe garantizar el propio banco? Al parecer, y si bien son pocos, aún los hay, y en general son quienes no entienden cómo funciona la modalidad delictiva (¡que no existe el delito de *phishing*!) y mucho menos el otorgamiento “a un *click*” de los productos bancarios preaprobados.

II. Algunas consideraciones sobre el “phishing”

Como ya hemos visto al comentar el fallo “M. A. M. c. Banco de la Provincia de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (UFECL). Informe de gestión 2020, documento publicado el 23 de septiembre de 2021. Recuperado del sitio: http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/09/UFECL_informe-pandemia.pdf.

(2) KASPERSKY LAB. “Spam y phishing en el primer trimestre de 2021”, artículo publicado el 3 de mayo de 2021 en el blog “Secure List”. Recuperado del sitio: [https://securelist.lat/spam-and-phishing-](https://securelist.lat/spam-and-phishing-in-q1-2021/93523/)

[in-q1-2021/93523/](https://securelist.lat/spam-and-phishing-in-q1-2021/93523/).

(3) HARÁN, Juan Manuel. ESET: “En 2021 se registró pico histórico en la cantidad de sitios de phishing”, artículo publicado el 15 de junio de 2021. Recuperado del sitio: <https://www.welivesecurity.com/la-es/2021/06/15/2021-registro-pico-historico-cantidad-sitios-phishing/>.

(4) Centro de Protección de Datos Personales (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires). “Estafas bancarias: el BCRA le responde a la Defensoría”, artículo

publicado el 10 de febrero de 2021. Recuperado del sitio: <https://cpdp.defensoria.org.ar/2021/02/10/estafas-bancarias-el-bcra-le-responde-a-la-defensoria/>.

(5) Banco Central de la República Argentina (BCRA). “Se refuerza la responsabilidad de los bancos por los créditos que otorgan a través de canales electrónicos”, artículo publicado el 1º de julio de 2021. Recuperado del sitio: <http://www.bcra.gov.ar/Noticias/responsabilidad-bancos-creditos-canales-electronicos.asp>.

(6) TR LALEY AR/JUR/55654/2020.

(7) CCiv. y Com., sala III, Mar del Plata; TR LALEY AR/DOC/1603/2021.

(8) TR LALEY AR/JUR/55446/2021.

(9) TR LALEY AR/JUR/111013/2021.

(10) CCiv. y Com., sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; TR LALEY AR/JUR/136249/2021.

(11) Exp. N° 454/2020.

(12) CCiv. y Com., sala I, Gualeguaychú, 13/08/2021.

Buenos Aires” (13), solo algunos casos de “phishing” son alcanzados por la ley penal, pero ya no por la figura especial del art. 173 inc. 16 (“el que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”), sino por la “general” del art. 172 (“el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”), siempre y cuando exista además una disposición patrimonial perjudicial.

Es que el “phishing” no es más que una técnica de manipulación. Es un tipo de ataque por ingeniería social (14) que tiene por objeto engañar a la víctima para que ella misma entregue cierta información personal. La maniobra normalmente viene acompañada con la “suplantación de identidad” de alguna empresa, organismo público o personalidad reconocida que podría ser de interés para la víctima, pero el circuito mínimo de “anzuelo y pesca” que propone el phishing consta de un llamado de atención (que puede ser la caída de un servicio, el bloqueo de una clave, una oferta de último minuto, un premio, e incluso una multa o un castigo) y un requerimiento de información sensible (usuarios, contraseñas, claves bancarias, tarjetas de coordenadas, tokens, códigos de verificación, códigos de recuperación, números de tarjetas de crédito y de débito, etc.).

En resumen, el atacante busca poner en crisis al eslabón más débil de toda la cadena de la seguridad de la información —el usuario final— para inducirlo a realizar determinada acción (completar un formulario, entregar información por teléfono, blanquear una clave, realizar operaciones por cajero automático, consumir desde un sitio web que simula ser otro, etc.). Y la gravedad del caso dependerá luego de la utilidad que el criminal le encuentre a la información obtenida. Porque el perjuicio patrimonial directo es una de las opciones, pero también lo son el acceso indebido, la suplantación de identidad (para engañar a terceros) y la extorsión a la propia víctima, entre otras tantas.

Desde el “Príncipe Nigeriano” los anzuelos fueron tomando diversas formas, pero lo cierto es que todos ellos apelan al error humano, a la falta de atención, a la falta de conocimiento e incluso a la avaricia. Por lo cual, el rol de concientización que deben tomar los diferentes actores de la sociedad actual que pretenden o impulsan la digitalización es fundamental. De nada sirve el desarrollo de los sistemas informáticos más sofisticados, si luego no prestan —por lo menos— herramientas de doble autenticación, capacitación para los usuarios y asistencia inmediata frente a cualquier tipo de incidente informático.

Y esto justamente es lo que nos invita a dar un paso más y preguntarnos en realidad sobre el grado de responsabilidad que tienen los bancos sobre sus propias medidas de seguridad. ¿Es lógico que otorguen un crédito “preaprobado” a un “click” y sin verificar la identidad del usuario? Si contratar una cuenta bancaria no lleva implícito aceptar otros productos del banco, ¿por qué el simple *logueo* en el *home*

banking (en paralelo al uso de un cajero automático, seguido de otra operación aún más sospechosa, como el blanqueo de una clave de acceso remoto) sería suficiente prueba de voluntad en la adquisición de una deuda a plazo? El usuario no debería cargar con la impericia del propio sistema bancario; empero algunos todavía ven “culpa de la víctima” en estos casos. Inaudito.

III. Sobre el acuerdo homologado en Córdoba (15)

Los hechos dicen que, en diciembre de 2020, el Sr. González solicitó asistencia (luego de intentarlo varias veces por otros medios) a través de la cuenta en Instagram del Banco BBVA, porque no veía acreditado en su cuenta un premio en dinero que le habían prometido por cambiarse de banco.

Al parecer, veinte minutos después y a través de la misma red social, se puso en contacto con él la usuaria “teresagala138”, quien le manifestó pertenecer al sector de Asistencia al Cliente del Banco y le solicitó un teléfono de contacto. Luego el intercambio continuó con una llamada de voz vía WhatsApp, en donde le solicitaron (para “aceptar el premio”) la entrega de un código de seguridad que le iba a llegar por correo electrónico.

Pero —según relata González— una vez que entregó ese código, la comunicación se cortó y recibió un nuevo correo electrónico del banco en donde se confirmaba el cambio de usuario y contraseña del “home banking”. Seguidamente, llamó al 0800 del Banco para dar aviso, pero los delincuentes ya se habían hecho con el dinero de un préstamo (DEBIN, en favor de “CELEBRACIONES FAMILI”) de \$180.300, pagadero en 60 cuotas, cuyo monto total —entre impuestos, intereses y capital— superaba los \$693.000.

Con el rechazo expreso del Banco a toda pretensión, González presentó su denuncia ante la Dirección de Defensa del Consumidor, para que “se deje sin efecto el préstamo en cuestión y se restituya íntegramente lo abonado en concepto de cuotas, intereses, impuestos y comisiones, con más un proporcional que juzgue conveniente en concepto de indemnización de daños y perjuicios, y daño moral”.

Y si bien el Banco sostuvo en un primer momento que “no hay ninguna responsabilidad endilgable al Banco demandado y todo el entuerto deriva del error cometido por el actor al brindar a terceros ajenos”, las partes manifestaron luego haber llegado a un acuerdo: la anulación del préstamo y la restitución de los montos retenidos a cambio del desistimiento de todo reclamo por daños, todo lo cual fue homologado por el Juzgado de 1ra. Instancia y 48va. Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba.

IV. Sobre la responsabilidad objetiva del Banco

Mencionamos ya, entre tantas otras, la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en los autos “M. A. M. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, donde se ordenó al Banco “en carácter de medida innovativa: Se abstenga de realizar... cualquier débito o retención con motivo del préstamo personal acreditado”; y la restitución “de

forma inmediata” de los fondos ya retenidos, porque habría “fallado en su deber de seguridad al permitirle a un tercero suscribir una contratación” en nombre de la actora.

El tribunal fundamentó su criterio específicamente sobre la “hipervulnerabilidad” del consumidor. Esto, conforme lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación, la cual establece “que a los fines de lo previsto en el Artículo 1º de la Ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores”.

Dicho criterio, lo complementó a su vez con la Comunicación A-7199 (06/01/2021) del Banco Central de la República Argentina, que señala “que los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en toda relación de consumo, a la protección de su seguridad e intereses económicos; recibir información clara, suficiente, veraz y de fácil acceso y visibilidad acerca de los productos y/o servicios que contraten (incluyendo sus términos y condiciones), así como copia de los instrumentos que suscriban; la libertad de elección; y condiciones de trato equitativo y digno”.

Todo lo cual —según entendemos— debe conjugarse a su vez con los desafíos que presenta el “phishing” propiamente dicho, en un mundo que “se digitalizó” de la noche a la mañana. Planteamos aquí las infinitas formas que podría tomar este circuito de “anzuelo y pesca”, y la necesidad de un rol mucho más activo de parte de los principales actores del entorno digital. Porque bancos, plataformas y otros se encuentran en mejor posición que el usuario a la hora de detectar casos de “phishing”; y solo por ello ya es dable atribuirles un “deber de seguridad” incluso superior al que pretende la Sala III de Mar del Plata.

De hecho, y por todo lo expuesto, no resulta descabellado pensar que, en realidad, todo usuario actual de Internet —y los medios electrónicos conexos— se encuentra en un estado de indefensión e “hipervulnerabilidad”, por el cual merece una tutela mayor (y mejor). Es que lo que caracteriza al derecho consumeril es el principio de protección al débil jurídico en el marco de una relación que se presenta como estructuralmente desigual y asimétrica; y no caben dudas aquí, quién es ese débil jurídico.

Sabido es que el consumidor se encuentra tutelado directamente por el art. 42 de la Constitución Nacional, por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1092 y ctes.) y, claro está, por la ley 24.240 de “Defensa del Consumidor”.

Pero los servicios ofrecidos por los Bancos inciden directamente sobre el patrimonio de sus usuarios, tanto en sus operaciones pasivas como en las activas, por lo cual (y por ser instituciones autorizadas para recibir los ahorros del público) el Estado además regula su actuación mediante es-

trictas normativas en pos de brindar mayor seguridad a los ciudadanos.

Tan así es que, a través del Banco Central, se imponen —por ejemplo— los “mecanismos de seguridad” mínimos que los bancos deben emplear para garantizar la confiabilidad en la operatoria (entre otras, Comunicación A 3323, 1.7.2.2., último párrafo; Comunicación A 3682, 4.8.6.2; Comunicación A 4272, 2.1.1.6). Pero aun así, los bancos decidieron ofrecer “préstamos a un *click*”, a riesgo del usuario, y con ello destruyeron toda tutela y confianza posibles.

La hiperconectividad, a la que nos sometieron como respuesta a la cuarentena por el COVID-19, desnudó de la manera más cruda este desbarajuste. Repentinamente (y si tuvimos la suerte de no ser víctimas), nos enteramos a través de los medios de comunicación que los bancos no solo estaban otorgando préstamos virtuales “sin vernos la cara”, sino que además rechazaban todo reclamo de sus usuarios ante el desconocimiento de la operación. Una locura (¿o un burdo aprovechamiento?).

Porque puede que el banco no sea quien tiene “la manija” en el delito, puede que no conozca al maleante que se aprovecha de la víctima, pero no caben dudas que es el principal beneficiario de un préstamo que otorga muy livianamente y sin realizar comprobación alguna; y que luego —aún frente a la denuncia del usuario— decide cobrar descaradamente.

Nadie más que el banco debe soportar las fallas en su propio sistema de seguridad; la responsabilidad es objetiva. Así lo establecen el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”) y el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación (“Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”).

De hecho, incluso es aplicable aquí la ley 25.326 de Protección de Datos Personales, que en su art. 9 establece que “el responsable o usuario del archivo de datos debe adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado”.

Ya la jurisprudencia, en “Beniasukas, Carlos c. Banco Ciudad de Buenos Aires” y otros ya citados, consideró “cosa riesgosa” al “sistema informático” que permite concertar negocios y obtener servicios en forma remota.

Es más, también la doctrina entiende que la obligación de seguridad que deriva

(13) MILLER, Christian, “Estafas bancarias: Ordenan restituir dinero a víctima de phishing”, Artículo publicado previamente en TR LALEY AR/DOC/1603/2021.

(14) Existen diversas técnicas de ataque por ingeniería social. Entre las más conocidas se destacan el “baiting”

(poner un cebo; el atacante presenta una oportunidad muy tentadora), el “tailgating” (pegarse a alguien; el atacante utiliza su simpatía para que la misma víctima, por cortesía, le facilite el acceso), el “pretexting” (pretexto o situación; el atacante crea una situación de vulnerabili-

dad para que la víctima le aporte información privada) y el “shoulder surfing” (mirar por encima; el atacante simplemente se acerca a la víctima para espiar su contraseña). El phishing y la suplantación de identidad (en inglés, “spoofing”) también son técnicas de ingeniería social.

(15) JCiv. y Com. 48a Nom., Córdoba, 3/09/2021, “González, Mario Alberto c. Banco BBVA Argentina SA - Abreviado - Otros - Trámite Oral - N° 9855847”, TR LALEY AR/JUR/139279/2021.

de la aptitud del producto para el uso al que está destinado es de carácter objetivo (Bustamante Alsina, Jorge A., "Responsabilidad civil por productos o defectuosos";

(16) GRANERO, Horacio R. "La pretendida insustancialidad de la responsabilidad objetiva...", eDial, publicado el 10/12/2014.

Texto completo de fallo de p. 6

Abierto el acto, S.S. da inicio a la Audiencia Preliminar fijada en autos dentro del marco de la ley 10.555 y el Protocolo de Gestión aprobado en A.R. N° 1550 del 19/02/2019: La parte actora ratifica la demanda incoada con el objeto de que se declare nulo el préstamo que el Banco BBVA Argentina SA; se le indemnice por daños y perjuicios y daño moral y se aplique multa a la demandada.

Que aproximadamente a las 17:30 del día jueves 3 de diciembre de 2020 se propuso solicitar asistencia vía online en la plataforma "Instagram" al perfil del Banco BBVA Francés a causa de que no tenía acreditado el importe equivalente a \$14.000 (Premio VISA) que dicho banco ofrecía como bienvenida a los clientes nuevos que se mudaban de otras entidades financieras. Que al no materializarse dicho premio en lo que consideró término razonable de espera, intentó comunicarse por la vía nombrada, ya que telefónicamente no le fue posible. Que a las 17:50 hs. lo contactó una persona por la misma plataforma, con el perfil denominado "...", quien le manifestó ser de Asistencia a Clientes del Banco citado y le solicitó su teléfono para contactarse mediante una llamada, la que finalmente ocurrió, pero por intermedio de la aplicación WhatsApp, a través del número de línea Que luego de consultarle el motivo del reclamo, le manifestó que necesitaba que le diera los códigos de seguridad que le iban a llegar por email y así podría cerrar el reclamo efectuado, validando de esa forma el premio ofrecido por VISA (03/12/2020, 18:40). Que luego de brindarle los códigos a esa persona, se corta la comunicación y siendo las 18:41 del mismo día, le llegó al correo electrónico un aviso de cambio de usuario y clave digital proveniente de la entidad citada.

Que al intentar ingresar nuevamente a su cuenta de *homebanking* advirtió la posibilidad de haber sido víctima de una estafa en línea, hecho que corroboró luego de no poder acceder a la cuenta bancaria, y posteriormente por el personal de asistencia telefónica a clientes del 0800. Que, para ese momento, terceros desconocidos y no autorizados por el actor solicitaron un préstamo por la suma de \$180.000 (pesos ciento ochenta mil) que se ofrecía en la plataforma web como crédito pre-aprobado mediante la modalidad DEBIN. Expresa que intentó dar aviso de la situación mediante correo electrónico desde su cuenta "...", hacia "delitosinformaticos-arg@bbva.com.ar" (dominio BBVA, extensión.COM, código de país.AR). Añade que las comunicaciones realizadas con anterioridad al hecho contado se realizaron a través de cuentas como "avisos@bbva.com.ar" y "mensajes@bbvafrances.com.ar" (todas terminadas en ".com.ar"), lo que provocó el rechazo de la comunicación por tratarse de una dirección de email tipeada erróneamente, ya que la dirección correcta para denunciar estos ilícitos era "delitosinformaticos-arg@bbva.com", es decir, sin el código de país "AR".

LA LEY, 1992-E, 1069), por lo cual deviene ya insostenible cualquier argumento defensivo del banco.

Como bien sostiene el Dr. Horacio Granero, "el daño producido en ocasión del servicio de Internet debe ser reparado por quien lo produjo y por quien facilitó que el mismo se produzca... cuanta más

Prosigue expresando que, al siguiente día, 4 de diciembre de 2020, envió la comunicación de aviso de los hechos por ese medio. Que posteriormente solicitó turno al banco para denunciar personalmente el hecho y obtener algún tipo de respuesta de parte del citado banco y el bloqueo preventivo de su tarjeta (turno, 4 de diciembre de 2020, registrado como documento ..., Sucursal: 244 - Av. Colón La Cañada, Av. Colón ... Córdoba). Que el mismo día le llegó un correo electrónico con la leyenda "Nos ponemos en contacto para enviarte los términos y condiciones del préstamo personal que solicitaste a través de Banca Móvil.", con un archivo adjunto donde se detalla: número de préstamo ..., cuenta de acreditación ..., préstamo personal, sistema francés, monto \$180.300, cuotas 60, con destino a "Celebraciones Famili", a tasa fija y se informa el valor de las tres primeras cuotas del préstamo, \$14.811, \$12.130 y \$11.914 respectivamente.

Que, al ser atendido por representantes del banco en cuestión, los mismos se negaron de todas formas a brindarle datos de la operación, manifestándole que no podían realizar ningún tipo de reclamo en la entidad que recibió los fondos del préstamo, o congelamiento de la operación, o la toma de cualquier otra medida preventiva que permitiera retrotraer los fondos. Que siendo ya el día 9 de diciembre de 2020, obtuvo un nuevo turno registrado con el mismo número de documento ..., en el cual el banco demandado mantuvo su postura manifestando no tener nada que hacer, que el actor era el responsable por lo ocurrido.

Que siendo el día 23 de diciembre, concurrió nuevamente con turno y los empleados se limitaron a entregarle una planilla con la simulación de lo que debería abonar en cada cuota por el préstamo en cuestión. Que de dicha simulación surge que deberá pagar sesenta cuotas (60) que acumulan y superan la suma de pesos seiscientos noventa y tres mil (\$693.000), entre impuestos, amortizaciones, intereses y cuota pura.

Por último expresa que al día 24 de diciembre de 2020, mediante Trámite Multinota N° 638592111820 procedió a ingresar la denuncia ante la Dirección de Defensa del Consumidor, y que con fecha 12 de enero de 2021 se le asignó a la funcionaria Garrido Gigena Celeste, para llevar el caso, en autos "González Mario Alberto - formula denuncia c. BBVA Argentina SA (N° de expediente 0069-040238/2020)".

En definitiva, solicita se deje sin efecto el préstamo en cuestión y se restituya íntegramente lo abonado en concepto de cuotas, intereses, impuestos y comisiones, con más un proporcional que juzgue conveniente en concepto de indemnización de daños y perjuicios, y daño moral. En esta instancia SS peticiona a la parte actora que denuncie el monto de los daños reclamados. A lo que el apoderado de la actora responde que el reclamo de daño moral lo estima en el cincuenta por ciento del monto a restituir por el préstamo de que se trata,

tecnología se proponga utilizar para el beneficio del hombre, —sea en Internet, sea en las antenas de celulares, etc.— o cuanto más peligroso sea el producto o servicio que brindamos, mayor será la necesidad de ejercer cuidado para evitar que el usuario consumidor sufra un daño. El principio precautorio representa el derecho y la obligación que poseen

y un monto equivalente respecto del daño punitivo reclamado.

La parte demandada comparece y contesta la demanda. En el contenido de la misma, niega que a las 17.30 hs. del día jueves 3 de diciembre de 2020 el actor se propusiera solicitar asistencia vía *on line* en la plataforma Instagram al perfil de BBVA Argentina SA. Expresa que el propio actor en su demanda confiesa que por Instagram a las 17.50 hs. del mismo día se comunica alguien identificado como "...", alegando ser de Asistencia a Clientes del Banco citado. Advierte la evidencia de que se trataba de un tercero ajeno a su mandante desde que se contacta bajo una identificación que no incluye la denominación "BBVA". Manifiesta que a pesar de ello el actor estuvo de acuerdo en facilitarle un número telefónico a fin de que la tercera mencionada se contactara con él. Luego, y a pesar de que se contacta por la plataforma WhatsApp, requiriéndole información confidencial, se la provee sin ningún tipo de cuidado incluyendo sus propios códigos personales y confidenciales de seguridad para ingresar a la plataforma web del Banco. Destaca que el actor confiesa que esa comunicación con la tercera debe haber durado un tiempo importante desde que refiere la demanda que se corta la comunicación a las 18.40. Añade que El BBVA le informa al actor a las 18.41 un aviso de seguridad informándole que la cuenta de su titularidad registraba cambio de usuario y clave digital, y que ese tipo de avisos tienen por finalidad permitir al titular, en caso de no haber realizado esos cambios, informar de inmediato tal circunstancia.

Fundamenta responsabilidad en cabeza del actor. Expresa que no hay ninguna responsabilidad endilgable al Banco demandado y todo el entuerto deriva del error cometido por el actor al brindar a terceros ajenos a BBVA Argentina SA datos de clave y usuario de su cuenta.

Manifiesta asimismo que es particularmente inexacta la demanda cuando pretende endilgar a la demandada incumplimientos al Derecho Consumeril y el crédito obtenido solo pudo realizarse a partir de los hechos confesados por el actor, que si aquel no hubiera facilitado los datos de acceso remoto vía web a su cuenta no existiría este entuerto.

Añade que el sistema informático requiere para su acceso de la indicación de identidad, usuario y clave, que los mismos son confidenciales y bajo ninguna circunstancia pueden ser facilitados a terceros. Que es el error en que incurriera el actor el que motivan los hechos que ahora pretende endilgar, sin razón, en su culpa o responsabilidad a la demandada que, como se explica, luce totalmente ajena a la cuestión.

Expresa que todos los sistemas de la demandada dan estricto cumplimiento a la normativa del BCRA, que la demanda es inexacta y contraria a la realidad. Concluye que la demanda que persigue la nulidad de un contrato de préstamo resulta

tanto el Estado como los particulares de adoptar medidas para evitar o disminuir un posible daño grave e irreparable provocado por una actividad o proyecto a realizar" (16).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3184/2021

inadmisibles y debe ser rechazada, con costas.

Por último expresa que es particularmente inexacto que el actor refiera la acción de "terceros no autorizados", por haber sido él mismo quien proveyó la información confidencial a un tercero para que pudiera accionar sobre su cuenta.

Que nada puede endilgarse a la demandada de las consecuencias de la conducta del actor y que no se trata de una "responsabilidad objetiva", desde que los sistemas del Banco han funcionado adecuadamente y quien permite el hecho del que se queja, es el propio accionante con su conducirse negligente. Que tampoco hay producto riesgoso ni responsabilidad alguna de la entidad demandada por las mismas razones de la conducta del actor.

En esta instancia S.S. pregunta sobre la modalidad que el banco tiene de comunicación: con los clientes en estos casos. Pregunta cómo fue específicamente el intercambio de datos, a lo que el actor respondió que la comunicación fue a través de la cuenta Instagram, pero los dos códigos que le enviaron fue por SMS, dos códigos de seguridad que él volvió a enviar.

Con fecha 18/05/2021 comparece en autos en representación del Ministerio Público Fiscal la Sra. Fiscal Silvia Elena Rodríguez, y hace presente que, sin perjuicio de su intervención en las etapas del pleito, emitirá dictamen una vez rendida la totalidad de la prueba, en oportunidad de la audiencia que prescribe el art. 5 de la ley 10.555.

En este estado se intenta que las partes arriben a una conciliación conforme lo dispuesto en el art. 3 de la ley 10.555, oportunidad en la que manifiestan haber arribado al siguiente acuerdo:

1º) la demandada acepta anular de manera integral el préstamo N° ... que dio origen a la presente causa, dejándolo sin efecto como si no hubiera existido, como así también cualquier vestigio de él, y en consecuencia se compromete a restituir la totalidad de los montos retenidos al actor en virtud de ese crédito, en el término de 72 hs. hábiles se hará mediante acreditación en la cuenta bancaria que el actor posee en el Banco BBVA N° ... denunciado en autos.

2º) la parte actora acepta la propuesta, desistiendo de su reclamo (acción y derecho) de daño moral y daño punitivo, acepta el ofrecimiento de anulación y restitución de los fondos en el plazo acordado, dando por concluido el presente pleito;

3º) la parte demandada asume la carga de las costas acordando el pago de los honorarios del Dr. Hugo Fabián Pérez Carretta en la suma de pesos ..., del nombrado en el término de cinco días hábiles junto con la factura correspondiente;

4º) una vez cumplimentadas las obligaciones asumidas y percibidos los fondos de

que se trata, nada más tendrán las partes que reclamarse mutuamente en virtud de los hechos que dieron origen al presente pleito;

5º) Los montos que se le restituirán al actor, surgen del detalle de lo retenido en su cuenta y que obra en poder de ambas partes.

6º) Solicitan la homologación del acuerdo..."

Considerando:

Que conforme lo expresara la suscripta en el marco de la audiencia, lo acordado la expresión libre de la voluntad de las partes,

cada una contando con el debido asesoramiento letrado, tratándose de derechos patrimoniales disponibles y no encontrándose comprometido el orden público y con la conformidad del Ministerio Público Fiscal.

Por ello y lo dispuesto por el art. 353 del Cód. Proc. y art. 1641 del Cód. Civ. y

Com. de la Nación, resuelvo: Homologar sin perjuicio de terceros, el acuerdo de que se trata, interponiendo para su mayor validez la pública autoridad que el tribunal inviste. Generar la tasa de justicia con el monto de la transacción. Protocolícese y hágase saber. — *Raquel Villagra.*

Jurisprudencia

Amparo de salud

Afiliado que padece discapacidad. Cobertura de internación geriátrica. Alcances. Prestadores ajenos. Procedencia.

1. - La protección de la salud del actor debe ser garantizada, siendo en este caso la demandada la obligada a cubrir la internación en la institución geriátrica requerida. Ello así, al entender que la demandada, lejos de brindar argumentos tendientes a desvirtuar o dejar sin efecto lo resuelto por el juez, o dar una solución al planteo de su afiliado, insiste en que no debe dar cobertura al servicio de geriatría, al no encontrarse contemplado en la normativa. Por otra parte, en ningún momento del proceso ofreció alternativa alguna entre sus prestadores —propios o contratados al efecto— ni acreditó la exorbitancia del lugar donde se encuentra el afiliado.
2. - Ha de tenerse en cuenta el estado de salud del amparista —discapacidad— y la avanzada edad que presenta, como así también la orientación prestacional establecida en el Certificado de Discapacidad y conclusiones del equipo interdisciplinario. Sumado a ello, cabe valorar que la internación de aquel en la institución geriátrica se viene prolongando en el tiempo, de lo que se infiere la inconveniencia de un eventual traslado, en atención a la adaptación que se ha alcanzado y el grado de dependencia que presenta.
3. - La no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad beneficiarias de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia.
4. - En ciertos supuestos, sea que se acrediten especiales circunstancias que lo justifiquen o cuando el agente de salud no tuviese entre sus prestadores profesionales idóneos o instituciones adecuadas para la atención de sus afiliados, es posible admitir excepciones al principio general, pudiéndose disponer una cobertura integral con prestadores ajenos a la obra social.
5. - Es imprescindible la vía del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.
6. - Resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de adulto mayor y de persona con discapacidad —art. 75, inc. 23, Constitución Nacional—; de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial.

CFed. La Plata, sala II, 05/10/2021. - M., R. C. c. Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA) s/ Amparo Ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/153074/2021]

Costas

Se imponen por su orden.

2ª Instancia. - La Plata, octubre 5 de 2021.

I. Antecedentes del caso.

1. Ante todo, cabe recordar que la presente acción de amparo fue iniciada el 16/10/2018 por S. D. V. M., en representación de su progenitor R. C. M., contra el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA), en su carácter de afiliado número ..., con el objeto de que se ordene la cobertura integral del 100% de la prestación de internación geriátrica en la residencia "Los Pinos", lugar donde reside desde el mes de diciembre de 2015, debido a la imposibilidad de permanecer en su domicilio por los problemas de salud que lo aquejan.

Explicó que el señor R. C. M. poseía certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y que el costo mensual de la residencia era de \$36.000. Sin embargo, manifestó que la Asistencia Social Geriátrica le había autorizado en septiembre de 2018 la suma de \$27.885,33, aclarando que la diferencia entre el costo mensual y la suma que le reconocía la obra social la abonaba de su peculio, situación que le resultaba insostenible dada su condición de jubilado. También señaló que el valor de la internación que se proyectaba desde el mes de febrero de 2019 era de \$42.000.

Finalmente, solicitó una medida cautelar, fundó su derecho, ofreció prueba y solicitó que oportunamente se haga lugar a la acción con expresa imposición de costas.

2. Por decisión de este Tribunal del día 16/05/2019 se confirmó la resolución de primera instancia que dispuso hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y Seguridad (IOSFA) asegurar y efectivizar el 100% de la cobertura de la internación geriátrica en la institución "Los Pinos" hasta tanto se resuelva el fondo del asunto.

3. Luego, el día 03/03/2020, la accionada presentó el informe circunstanciado del art. 8 de la ley 16.986. Sostuvo que en el caso de autos la conducta de la demandada fue correcta y acorde a la normativa del Instituto, no existiendo negativa de su parte ya que el familiar responsable había solicitado un subsidio por internación geriátrica a fin de afrontar una parte del monto mensual de dicha prestación social y que

ella se otorgó y renovó durante varios años, de acuerdo a la normativa vigente.

Por ello, expresó que el amparista no había acreditado la existencia de arbitrariedad y/o ilegalidad en el accionar de la demandada, siendo que ella no estaba obligada a cubrir el 100% de la internación geriátrica y que al momento de intentar la demanda cubría el 77,46% del monto de la prestación, sin que pueda disponerse la cobertura de prestaciones en forma genérica y sin basamento probatorio.

Afirmó que la cobertura integral de la residencia Los Pinos era una prestación de tipo social, no contemplada en el PMOE, ni en las leyes 22.431 y 24.901, y que por ello los establecimientos geriátricos no estaban categorizados ni incluidos en los nomencladores del Ministerio de Salud. En consecuencia, refirió que a los fines de la equiparación se utilizaba el ítem de Hogar Permanente previsto en las distintas resoluciones y que hasta tanto el prestador no cumpliera con la normativa mínima que permitiera su inscripción en el Registro Nacional de Prestadores de servicios para personas con discapacidad, los pagos se realizarían conforme los valores establecidos en la categoría C (conf. decreto 449/2005, anexo I, artículo 4º).

Remarcó así que las obras sociales debían destinar prioritariamente sus recursos a prestaciones de salud —conf. art. 3 de la ley 23.660— y que, de acuerdo al Decreto 576/93, las otras prestaciones sociales debían atenderse con el excedente de aquellos recursos. En efecto, sostuvo que la obligación de cobertura de este tipo de prestaciones resultaba subsidiaria a que las personas con discapacidad y las personas de las que estas dependieran en atención a las obligaciones alimentarias no pudieran afrontarlas, por lo que su postura no respondía a una conducta caprichosa, sino que se ajustaba a lo establecido en la normativa aplicable.

Adujo también la improcedencia de la libre elección del geriátrico, efectuada por los familiares del amparista, por lo que descartó su obligación de cubrir su costo total, reiterando lo expuesto en relación a la ausencia de documentación que acredite la categorización de la institución geriátrica como así también de habilitaciones o inscripción en el Registro Nacional de Prestadores de Servicios de Atención a Personas con Discapacidad. Insistió en que al ser imposible dicha categorización debía limitarse la cobertura al valor previsto en la categoría C del nomenclador para hogar permanente.

En cuanto a la creación, naturaleza jurídica de IOSFA y alcance de la cobertura, expresó que era una obra social estatal con carácter de ente autárquico, incluida en el artículo 8 de la Ley 24.156 y regida por el DNU 637/2013 y Resolución 359/2016 del Ministerio de Defensa, que no había adherido al régimen de la ley 23.660 y no recibía aportes ni suma alguna del Tesoro de la

Nación. Por ello, afirmó que si bien se encontraba fuera del ámbito de la ley 24.901, brindaba a sus afiliados con discapacidad la cobertura acorde las normas y reglamentaciones como cualquier otra obra social y se regía por el principio de legalidad.

Sostuvo finalmente la improcedencia del amparo, ofreció prueba y solicitó que oportunamente se desestime la acción intentada.

II. La sentencia de primera instancia y los agravios de la demandada.

1. La sentencia de primera instancia resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta, reconociendo al amparista el derecho a la prestación solicitada, convirtiendo así en definitiva la medida cautelar dictada en autos. Impuso las costas del proceso a la demandada vencida (art. 14, ley 16.986 y art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y difirió la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

2. Contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de apelación el representante de la parte demandada el día 01/03/2021. Sus agravios son los siguientes:

a) Que el juzgador haya sostenido que su mandante era quien debía cuestionar el estado de salud del amparista como así también la necesidad de su internación geriátrica, acreditando que la institución no se encontraba inscrita.

b) Que se pretenda exigir que la obra social se haga cargo, sin límite alguno, de los aranceles que fije, a su arbitrio, cualquier establecimiento, por la simple elección del afiliado o responsable, en exceso de lo establecido en la normativa aplicable. Al respecto, sostiene que el servicio geriátrico no se encuentra contemplado dentro de la cobertura prevista en el PMO, como así tampoco en la Ley 24.901. Que el IOSFA otorga en caso de beneficiarios con CUD el valor establecido para Hogar Permanente, categoría C, en situaciones en que el hogar no esté categorizado (conf. lo dispuesto por la Resolución Conjunta N° 6/2019).

c) Que el juez haya afirmado que su mandante vulneraba los derechos constitucionales del amparista, siendo que su proceder se ajustaba a la normativa aplicable en autos y patología presentada, otorgándole los subsidios y las coberturas correspondientes.

d) La improcedencia de la condena a la cobertura integral.

e) La inadecuada argumentación de la decisión, la cual sostiene que constituye una sentencia arbitraria al omitir tratar las defensas y argumentos planteados por su mandante, y considerar la situación fáctica y normativa aplicable.

f) La inadmisibilidad de la vía del amparo, al no existir actuar que lesione los dere-

chos del amparista o negativa o actuar omisivo ilegal o arbitrario por parte de IOSFA.

g) La violación del principio de defensa en juicio y debido proceso legal.

h) La imposición de las costas.

III. Cabe señalar que, previo a resolver, este tribunal dispuso dictar una medida para mejor proveer consistente en requerir a la demandada que acompañe en autos una evaluación del actor, a efectuarse por intermedio de un equipo interdisciplinario, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 37 y 41 inc. a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Sentado ello, del informe presentado por la demandada se desprende que el señor R. C. M. presenta: "...Depresión Mayor, en remisión al momento actual; Demencia no Especificada, Hiperplasia prostática; Dislipemia; Hipertensión Arterial". Pronóstico del caso: de evolución crónica.

También surge que "...le resultaría imposible deambular de manera autónoma, ir solo al baño, higienizarse, proveerse alimentos y cumplir con tratamientos médicos, estar y/o salir solo" como así también que "no puede desenvolverse de forma autónoma ni dentro ni fuera del lugar de residencia, desconoce el valor actual del dinero y por tanto la administración racional del mismo". Asimismo, "de acuerdo a lo expresado por el Sr. S. M., hace 7 años (el 30/12/2014) falleció su único hermano, víctima de un accidente de tránsito. Situación que, según su relato, afectó profundamente a toda la familia. A partir de ese momento su padre comienza a manifestar problemas de salud que determinan su internación en el Hospital Naval, donde permanece internado durante el año 2015. Debido al compromiso de su cuadro clínico, al momento del alta, los médicos tratantes recomendaron a sus familiares el ingreso a una institución que cubriera sus necesidades de atención y cuidados (...).

En relación a la permanencia del adulto mayor en la institución, su hijo se muestra conforme con el trato dispensado a su progenitor. Manifiesta que su padre presenta un deterioro cognitivo: que este requiere asistencia para las actividades de la vida diaria, que no controla esfínteres y se desplaza en silla de ruedas; (...).

"Se propone la continuidad de los módulos prestacionales vigentes, en institución acorde a sus patologías" "Se trata de un paciente con Diabetes Mellitus y Depresión Mayor, cuyas comorbilidades hacen a un pronóstico ominoso de su cuadro de base, a saber; Polineuropatía y deterioro cognitivo, entre otros; lo cual lo condiciona a ser dependiente para las AVD, impidiéndole ser autoválido. Motivado por este cuadro mórbido fue llevado a la institución geriátrica donde reside actualmente; lugar donde se encuentra adaptado. Se encuentra compensado y estable en su patología de base".

Por otra parte, el amparista se presentó y adjuntó copias de certificados de habilitación del hogar citado (Certificado municipal: 005420; Certificado de habilitación: Disposición 0402 de fecha 05/05/2000. Certificación de MS Pcia. de Buenos Aires: 0004868 Expte: 024360/01-001).

IV. El tratamiento de los agravios.

1. En primer lugar, resulta adecuado recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido en repetidas oportunidades que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas

producidas en la causa, sino únicamente aquellos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos: 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121).

2. Sentado ello, razones de orden conducen a examinar el agravio dirigido a cuestionar la admisibilidad de la vía del amparo elegida por el amparista en salvaguarda de sus derechos.

Al respecto, cabe destacar que la Corte Suprema ha resuelto que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental. En este sentido, ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos ("Fallos" 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud ("Fallos" 325:292 y sus citas). Por lo expuesto, las objeciones vinculadas con la inadmisibilidad de la vía del amparo habrán de ser rechazadas.

3. Por otra parte, es preciso señalar que los derechos aquí en juego y el marco constitucional aplicable han sido amplia y detalladamente descriptos en numerosos precedentes de esta Sala II, a los que cabe remitir por razones de brevedad (v. entre muchos otros: "S., F. c. PAMI s/ amparo ley 16.986", Expte. N° FLP 77091/2019/CAI, sentencia del 14/08/2020 y "G., A. F. c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ amparo ley 16.986" Expte. N° FLP 7904/2019, resuelto el 24/04/2020).

En el caso, el actor posee una doble protección legal, que surge de la necesidad de ponderar el "sistema integral de protección de las personas con discapacidad" y también la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en atención a su edad (84 años).

4. Corresponde también recordar que de las constancias de la causa surge que el señor R. C. M., de 84 años de edad, es afiliado al Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas y de Seguridad (IOSFA), bajo el N° ...

En el caso concreto, de acuerdo al certificado de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires con validez hasta el 19/09/2027 se desprende el siguiente diagnóstico del señor M.: polineuropatía diabética; otros trastornos de los discos intervertebrales; diabetes mellitus no insulino dependiente, con complicaciones oftálmicas. Orientación prestacional de asistencia domiciliaria, residencia y transporte. El mismo diagnóstico de diabetes, polineuropatía diabética y trastorno de los discos intervertebrales surge del certificado médico suscripto por el doctor Mario Arturo Rizza, que explica que el señor R. C. M. no deambula en atención a dichas dolencias y que por ello requiere atención geriátrica permanente pues es dependiente total en higiene vestido y alimentación.

A su vez, se encuentra adjunta autorización de la demandada al reintegro mensual de \$27.885,33 (según Resolución Ministerial 4/2018) —equivalente a la categoría C de Hogar Permanente—, desde 01/08/2018 al 31/07/2019 y, conforme lo expuesto por el amparista, el costo mensual de la institución era de \$36.000 con proyección de elevarse a \$42.000 en febrero de 2019. Del presupuesto agregado, surge que, en mayo de 2019, la cuota era de \$53.000 más IVA y, en diciembre de 2019, el reintegro en virtud de la medida cautelar ascendía a \$58.000.

Ha de tenerse asimismo en cuenta el estado de salud del amparista ya descripto y la avanzada edad que presenta, como así también la orientación prestacional establecida en el Certificado de Discapacidad y conclusiones del equipo interdisciplinario que elaboró el informe requerido en esta instancia. Sumado a ello, cabe valorar que la internación del señor M. en la institución geriátrica se viene prolongando en el tiempo, de lo que se infiere la inconveniencia de un eventual traslado, en atención a la adaptación que se ha alcanzado y el grado de dependencia que presenta.

5. A fin de dar respuesta a los agravios de la recurrente, debe reiterarse que ellos se centraron en que la prestación reclamada no se encontraba contemplada en el PMOE, ni en las leyes 22.431 y 24.901. Luego, enfatizó en que por la falta de inscripción en el Registro, a todo evento, le correspondería abonar hasta el límite establecido en la categoría C de Hogar Permanente del nomenclador de discapacidad.

Al respecto, cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en un caso sustancialmente análogo al presente "que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad beneficiarias de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa S.328.XLII "Segarra, Marcelo F. c. Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo", del 18/06/2008, esta Sala, causa 1244/2016 del 08/09/2016, entre otras).

En este contexto, la ley 24.901 estableció la creación de un régimen de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos —ver art. 1°— (énfasis agregado). Asimismo, dispuso que la cobertura total de las prestaciones básicas que necesitan las personas con discapacidad afiliadas, estará a cargo de las obras sociales con carácter obligatorio —art. 2°— Así, la citada ley fija estándares mínimos obligatorios para todos aquellos entes que tienen a su cargo la prestación de servicios relacionados con la salud. Entonces, "...ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de la obra social a los que esté afiliado" (Fallos: 323:3229, en cita, del dictamen del señor Procurador Fiscal). Tal como se desprende de lo expuesto precedentemente, la normativa está informada por el principio de cobertura integral y máxima inclusión social de las personas con discapacidad (ver art. 1 de la Ley 22.431 y arts. 1, 2, 11 y 15 de la Ley 24.901), lo que aquí debe conjugarse con los principios y derechos que emanan de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ver en este sentido especialmente los arts. 6, 7, 11, 12, 19 de la Ley 27.360).

Puntualmente, el capítulo VI de la Ley 24.901 regula los "Sistemas alternativos al grupo familiar", estableciendo en el art. 29 que "...cuando una persona con discapacidad no pudiere permanecer en su grupo familiar de origen, a su requerimiento o el de su representante legal, podrá incorporarse a uno de los sistemas alternativos al grupo familiar, entendiéndose

dose por tales a: residencias, pequeños hogares y hogares". Los criterios que determinarán las características de estos recursos serán la edad, tipo y grado de discapacidad, nivel de autovalimiento e independencia.

Por su parte, el art. 32 define al hogar como "el recurso institucional que tiene por finalidad brindar cobertura integral a los requerimientos básicos esenciales (vivienda, alimentación, atención especializada) a personas con discapacidad sin grupo familiar propio o con grupo familiar no continente. El Hogar está dirigido preferentemente a las personas cuya discapacidad y nivel de autovalimiento e independencia sea dificultosa a través de los otros sistemas descriptos, y requieran un mayor grado de asistencia y protección".

La normativa citada, debe leerse a la luz de lo reiteradamente expuesto en relación a que el Plan Médico Obligatorio fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga. No puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales, el descubrimiento de nuevas patologías, y los concretos padecimientos que puedan indicar una u otra práctica según el cuadro de cada paciente. El piso mínimo de prestaciones obligatorias para los agentes de salud, de ninguna forma puede considerarse taxativo.

En ese entendimiento, resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a los límites establecidos por sus normativas específicas. En efecto, el Alto Tribunal en el caso: "Reynoso, Nilda N. c. INSSJP s/ amparo" (R.638.XL, fallo del 16/05/2006 - Fallos: 329:1638) dejó sentado que las especificaciones del PMO deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

6. Debe añadirse que la indicación de prestaciones médicas no implica, en principio, la libre elección de médicos y/o prestadores, dado que ello conllevaría a desnaturalizar el sistema de funcionamiento de las obras sociales. En efecto, y en tal contexto, han de considerarse los profesionales e instituciones contratados por las empresas de medicina prepaga o las obras sociales para la atención de sus afiliados.

Si bien esto es así, en ciertos supuestos, sea que se acrediten especiales circunstancias que lo justifiquen, o cuando el agente de salud no tuviese entre sus prestadores profesionales idóneos o instituciones adecuadas para la atención de sus afiliados, es posible admitir excepciones al principio general, pudiéndose disponer una cobertura integral con prestadores ajenos a la obra social.

En este orden de ideas, nuestro Máximo Tribunal ha fijado diversas pautas respecto de la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicios de esta naturaleza, estableciendo que corresponde a la parte actora acreditar la condición de persona con discapacidad, el carácter de afiliado y la prescripción profesional y, a la parte demandada, invocar y agregar elementos suficientes para crear convicción en el sentido de que podía poner a disposición una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio y demostrar la exorbitancia o sinrazón de la elección por parte

del afiliado (Fallos: 327:2413, 331:2135 y 332:1394).

7. Sobre la base de lo expuesto, en virtud de las directivas emanadas de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y la legislación especial tanto federal como provincial, cabe concluir que la protección de la salud del actor debe ser garantizada, siendo en este caso la demandada la obligada a cubrir la internación en la institución geriátrica "Los Pinos".

Ello así, al entender que la demandada lejos de brindar argumentos tendientes a desvirtuar o dejar sin efecto lo resuelto por el juez, o dar una solución al planteo de su afiliado, insiste en que no debe dar cobertura al servicio de geriatría al no encontrarse contemplado en la normativa. Por otra parte, en ningún momento del proceso ofreció alternativa alguna entre sus prestadores —propios o contratados al efecto— ni acreditó la exorbitancia del lugar donde se encuentra el afiliado.

Por ello, ante las particulares circunstancias de casos como el presente, resulta imperativo que se garanticen medidas efectivas y personalizadas de apoyo, máxime cuando el actor es una persona en situación de múltiple vulnerabilidad por su condición de adulto mayor y de persona con discapacidad (artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional), de lo que se desprende que sus derechos deben ser objeto de una protección especial.

8. Cabe agregar que las demás críticas esbozadas por la recurrente no logran conmover lo decidido por el juez de primera instancia. Específicamente, la queja referida a la violación del principio de defensa no puede prosperar toda vez que la accionada tuvo la oportunidad ser escuchada, en la instancia anterior, por medio del informe circunstanciado del artículo 8 de la ley 16.986, tomándose en consideración las defensas y demás argumentaciones expuestas por su parte, al dictarse la sentencia.

9. Finalmente, en cuanto a las costas, resulta pertinente poner de resalto que nuestro ordenamiento jurídico procesal adhiere al principio general de la imposición de las costas por el hecho objetivo de la derrota con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida haya podido actuar durante la sustanciación del pleito.

El apuntado criterio objetivo de la derrota no implica una suerte de penalidad para el litigante vencido, sino que tiene por objeto resarcir al amparista de los gastos en que su conducta le obligó a incurrir para obtener el reconocimiento de sus derechos.

Con esta perspectiva, la demandada debe responder por los gastos del juicio

por la regla del vencimiento, conforme lo dispuesto por el art. 14 de la Ley 16.986.

Por todo lo expuesto, se resuelve: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia. Costas de alzada por su orden en atención a la ausencia de contestación de los agravios (art. 68, segunda parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, oficiése electrónicamente al juzgado, y remítase a primera instancia a través del Sistema Lex100. — César Álvarez. — Jorge E. Di Lorenzo. — Ignacio E. Sánchez.

Accidente de trabajo

Trabajador que prestaba tareas clandestinamente. Responsabilidad de la ART. Acción de repetición.

El actor denunció que se encontraba trabajando para la empleadora en forma totalmente clandestina y, en este contexto, adquiere relevancia lo establecido en el art. 28.2 de la ley 24.557, en cuanto a que "si el empleador omitiera declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, la ART otorgará las prestaciones y podrá repetir del empleador costo de estas".

CNTrab., sala X, 09/08/2021. - Galeano, Fernando Carlos Ezequiel c. Mudarte S.R.L. y otro s/ accidente - acción civil.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/117562/2021]

Costas

Se imponen a la demandada vencida.

2ª Instancia. - Buenos Aires, 9 de agosto de 2021.

El doctor *Ambesi* dijo:

I.- La sentenciante anterior, luego de analizar los elementos probatorios arriados a la causa rechazó la pretensión indemnizatoria de reparación integral, planteada por el actor contra las accionadas (con sustento en los arts. 1113 y cc. del Código Civil aplicable al caso), sin perjuicio de lo cual, hizo lugar al reclamo subsidiario basado en las disposiciones de la ley 24.557, por lo que condenó a la aseguradora demandada al pago de las prestaciones dinerarias del régimen especial, así como al reconocimiento de una suma en concepto de gastos por tratamiento médico, medicamentos y traslados (fs. 300/305vta.).

II.- Dicho pronunciamiento motivó los agravios de la condenada, a tenor de su presentación efectuada en autos (fs. 307/309)

que mereció la réplica de su contraria (fs. 311/317) y de la restante coaccionada (fs. 319/320).

En el memorial, la apelante cuestiona sustancialmente la condena decidida en grado en los términos de la ley 24.557. Sostiene que el actor no se encontraba en el listado de trabajadores dependientes provisto por la empleadora al momento de suscribir el contrato de afiliación. Agrega que tampoco recibió denuncia alguna respecto del siniestro denunciado en autos. También se agravia respecto del monto de condena, al cual califica como elevado. Por otra parte, discute el quantum indemnizatorio, así como el cálculo del ingreso base que fuera estimado en grado.

III.- Se anticipa que los agravios no tendrán acogida favorable.

III.1.-Arriba firme a esta instancia que el actor denunció que se encontraba trabajando para la empleadora en forma totalmente clandestina y, en este contexto, adquiere relevancia lo establecido en el art. 28.2 de la ley 24.557, en cuanto a que "Si el empleador omitiera declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, la ART otorgará las prestaciones, y podrá repetir del empleador costo de estas".

En el citado texto, el legislador no ha efectuado distinción alguna respecto a qué tipo de prestaciones debe brindar la aseguradora, lo cual lleva a entender que el término incluye ambas obligaciones, en especie y dineraria, quedando luego en la esfera del ente gestor la posibilidad de repetir su costo, extremo obviamente ajeno al trabajador.

Desde esta perspectiva, no se evidencia razón alguna para eximir a la recurrente de su responsabilidad, debiéndose confirmar el tópic.

III.2.- La segunda de las quejas tampoco prosperará. Los argumentos vertidos en el memorial se refieren, en este aspecto, a rechazar las imputaciones formuladas por la parte accionante en los términos del derecho común. Sin embargo, La sentencia definió la condena de la apelante con fundamento en el régimen especial de la LRT, por lo que en este supuesto no se cumplen las exigencias del ritual en materia de crítica del recurso (art. 116 LO).

III.3.- Similar falencia exhiben los planteos referidos al quantum indemnizatorio y al ingreso base mensual que fuera calculado en origen. Respecto del primero de ellos, la recurrente se limita a mencionar su disconformidad en torno a la situación analizada en el anterior punto sin agregar en esta instancia elementos de análisis que resulten novedosos y que permitan modificar el decisorio de grado. Al mismo tiempo, en relación a la crítica efectuada al ingreso base mensurado en origen, la quejosa no se refiere en ningún segmen-

to del escrito recursivo a lo señalado por la "a quo" como base de su fundamento (arts. 56 LCT y 56 LO), limitándose a realizar un análisis respecto del art 12 de la LRT que no fue objeto del fallo de grado. Finalmente, la impugnante expresa en el memorial que "... V.S. se apartó de la prueba solicitada por mi mandante en respectivo conteste Punto VIII - OFRECE PRUEBA 6) PERICIA CONTABLE y determinó el Ingreso Base Mensual conforme lo denunciado por actora en su demanda" (fs. 309, destacado en el original). Empero, el ofrecimiento de prueba en cuestión no ha sido debidamente canalizado en estos autos y, más aún, no se ha mencionado nada de ello en la posición sostenida durante etapa del art. 94 LO (ver fs. 278/280), por lo que el argumento resulta improcedente a los fines pretendidos.

Por lo expuesto, corresponde desestimar tales cuestionamientos y confirmar el fallo en su totalidad.

IV.- Las costas de alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68, 1er. párrafo, CPCCN), regulándose los honorarios profesionales de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior.

En suma, de compartirse el presente voto, correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recursos y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, CPCCN); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por los trabajos realizados en la etapa anterior (arts. 38 LO y cc. ley arancelaria).

El doctor *Corach* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo.

El doctor *Stortini* no vota (art. 125 LO)

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve*: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recursos y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, CPCCN); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por los trabajos realizados en la etapa anterior (arts. 38 LO y cc. ley arancelaria).

Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN Nº 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach*. — *Leonardo J. Ambesi*.



Doctrina

Procesos Colectivos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz



Fabián H. Bonyuan

Abogado (UBA), Especialista en Administración de Justicia (UBA), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia), Relator del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Definición y clasificación de los derechos de incidencia colectiva.— III. Derechos de incidencia colectiva en Argentina.— IV. Déficit de los procesos colectivos en Argentina.— V. Cuestiones que considerar para reglar un proceso colectivo.— VI. Reglamento de actuación en procesos colectivos.— VII. Regulación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz.

I. Introducción

A pesar del tiempo transcurrido desde la reforma constitucional de 1994, que consagró en los arts. 41 a 43 los Derechos de Incidencia Colectiva, Argentina continúa sin tener una norma procesal que regule las acciones colectivas que dé certeza, a los justiciables, sobre cómo proceder para realizar un reclamo de esta naturaleza.

La situación en las provincias es similar a la de la Nación, salvando algunas excepciones en donde las acciones colectivas son receptadas en los códigos procesales, tal lo que ocurre en el caso de la Provincia de Santa Cruz, al cual me referiré especialmente.

Los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional (CN) crean derechos sustantivos que no han tenido un correlato en el derecho adjetivo. Las referidas normas propenden a la tutela de derechos que afectan a una pluralidad de personas empero no se ha diseñado, aún, un procedimiento judicial a través del cual encauzar este tipo particular de demandas.

El proceso civil actual está diseñado para proteger derechos individuales. La lesión de un derecho subjetivo es el presupuesto ineludible para que el titular de dicho derecho pueda accionar.

No contempla ese ordenamiento situaciones que no lesionan directamente un interés individual, sino que afectan al individuo en cuanto integrante de la sociedad,

aun cuando dicha lesión pudiere, indirectamente, lesionarlo en forma personal.

Antes de la reforma constitucional, la protección del ambiente, de la salud pública, de los usuarios y consumidores, la seguridad, la defensa de la competencia, el control de los monopolios, la prestación eficiente de los servicios públicos, etc., estuvieron en manos del Estado, quien, a través del poder de policía y de la acción pública, cuenta con mecanismos para resguardar dichos bienes.

Ahora bien, la incompetencia estatal en esta materia ha sido notable a lo que se suma que, en un país donde la intervención estatal en la economía, la producción y en la prestación de servicios públicos es muy fuerte, resulta que muchas veces el sujeto pasivo de estas demandas colectivas será el propio Estado. Así es que el constituyente del año 1994 ha colocado, también, en cabeza de las personas la atención en las materias que los afectan como miembros de la comunidad y con relación a bienes sobre los que no tiene un derecho propio.

Sin embargo, este reconocimiento constitucional carece de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones colectivas y que garantice el derecho de acceso a la justicia cuando este tipo de derechos sean vulnerados.

El presente trabajo tratará, en una primera parte, de explicar, brevemente, qué son los derechos de incidencia colectiva y su desarrollo en Argentina, para luego cen-

trarnos en cómo se han regulado las acciones colectivas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz.

II. Definición y clasificación de los derechos de incidencia colectiva

Lo que distingue una acción colectiva de una acción individual es su aptitud de proteger el derecho de un grupo numéricamente importante de personas.

“Una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada” (1).

Se diferencia del litisconsorcio porque en la acción colectiva no intervienen en el proceso todos los interesados (la acción colectiva, por definición, se lleva a cabo sin el consentimiento de todas las personas representadas, aunque la sentencia luego tenga efectos para estos), mientras que, en el litisconsorcio, todos los litisconsortes toman intervención en el juicio.

Una primera clasificación diferencia el interés individual, es el que titulariza una sola persona y los intereses supraindividuales o transindividuales o de incidencia colectiva, que residen en cabeza de muchas personas.

En el fallo “Halabi”, la CSJN interpretó que en nuestro derecho existen tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) de incidencia colectiva que tienen por objeto la tutela de bienes individuales homogéneos (2).

Sobre los derechos de incidencia colectiva, el Código de Defensa del Consumidor Brasileño distingue tres categorías a los fines de la “defensa colectiva”: Los “intereses o derechos difusos”, que son “los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho”; los “intereses o derechos colectivos”, que son “los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular el grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”; y “los intereses o derechos individuales homogéneos, entendiendo por tales los derivados de un origen común” (3).

En igual sentido: “derecho difuso” es un derecho transindividual e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también “transindividual” e “indivisible”, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica. Los derechos individuales homogéneos

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GIDI, A., “Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil Un modelo para países de derecho civil”, Universi-

dad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 31).

(2) CASTELLI, L. M. - GASCÓN, A. M., “Procesos Colectivos de Consumo en el Anteproyecto de Ley de De-

fensa del Consumidor”, La ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 703, TR LA-LEY AR/DOC/662/2019.

(3) ALTERINI, A. A., “Las acciones colectivas en las

relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, La Ley 17/06/2009, 1.

Nota a fallo

Seguro

Falta de pago de la prima. Débito automático. Mora. Suspensión de la cobertura. Deber de información de la aseguradora.

ST La Pampa, sala A, 11/08/2021. - Aubert, Alejandra Guillermina c. Gardon, Víctor Oscar y Otro. 5

El Contrato de Seguro como Contrato de Consumo

Análisis de la obligación de informar de la aseguradora previa a la suspensión de la cobertura
María Paula Arias 5

Análisis normativo

Comentario a la acordada 13/2021 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro
Gabriela Yuba 8

Actualidad

Actualidad en Derecho Civil

Alejandro J. E. Moldes - Ana L. Giménez Mehdi 9

Última instancia

12

son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común (4).

Simplificando, los intereses transindividuales (derechos de incidencia colectiva) pueden subdividirse en:

- a) Intereses difusos;
- b) Intereses colectivos;
- c) Intereses "individuales homogéneos."

Algunos ejemplos útiles para clarificar y distinguir distintas situaciones que se pueden presentar:

Un elemento contaminante lesiona la salud de una persona, es una clásica demanda de indemnización contra el que provocó la contaminación (interés individual).

Ahora, la contaminación produce la extinción de una especie animal o vegetal o afecta el aire de toda una ciudad. En este caso nadie tiene la titularidad sobre esa especie ni sobre el aire; tampoco tiene exclusividad sobre una cuota parte de esos bienes, que son indivisibles, la sentencia que se dictara en un caso así, aunque accionara una sola persona, alcanzaría a todos los afectados. Aquí ingresamos al terreno de los intereses supraindividuales, los cuales, de acuerdo con la clasificación precedente (emanada de la doctrina brasileña) puede dividirse en: Intereses colectivos e intereses difusos.

Los primeros son aquellos en los que el número de afectados es determinado o fácilmente determinable, por ejemplo, la falta de clases por mal estado de los edificios escolares, el grupo en este caso es determinable (quienes sean alumnos de esas escuelas). Los segundos aparecen cuando no es posible determinar quiénes integran el grupo, por ejemplo, las personas que respiran el aire contaminado.

En ambos casos, la afectación recae sobre un bien indivisible cuya titularidad es compartida.

Finalmente, los intereses individuales homogéneos, por ejemplo, un corte de luz, ese mismo hecho a algunos les producirá la rotura de electrodomésticos, a otros que tenían un restaurante o un supermercado la pérdida de mercadería percedera, a otro internado, conectado a algún aparato médico quizá le cuesta la vida. En este caso cada afectación es propia de cada uno y el valor es distinto según sobre qué haya recaído el daño. Se trata de una afectación a derechos propios, pero con un mismo hecho que da origen fáctico y jurídico a todas esas numerosas afectaciones. Hay un número significativo de afectados con pretensiones homogéneas, la indemnización del daño, aunque no sea el mismo perjuicio el que sufrió cada uno. Hay una masividad de afectaciones originada por un hecho causal común, aunque a cada uno le produjo un daño distinto y por ende la cuantía de la reparación será distinta (estos son los intereses individuales homogéneos).

Otro caso, jubilados a los que no se les paga en término sus haberes mensuales (por ejemplo, si el organismo que debe abonar, en lugar de hacerlo los primeros días del mes lo hiciera finalizado el mes), podrían promover una demanda colectiva requiriendo al Juez que ordene al Estado el pago en término de dichas jubilaciones. En este caso la acción individual sería demasiado onerosa y por ende habría poco incentivo para realizarla, esto cam-

bia si se plantea una demanda colectiva en la cual entrarían todos los jubilados afectados. Por otro lado, también resulta un beneficio para el Estado, en tanto no vería sus tribunales sobrecargados por juicios idénticos.

Los intereses individuales homogéneos no conciernen a un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles.

"Cada titular del interés plurindividual puede promover una acción individual para que ese interés sea reconocido. Pero esta categoría de intereses también da lugar a una acción colectiva, cuya sentencia puede tener efecto *erga omnes*, abarcando a todos los titulares porque "hay homogeneidad objetiva entre todos ellos y es susceptible de una sola decisión" (5).

Tal como dijo la Corte Suprema en "Halabi" (6) no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.

Está la afectación a un número muy significativo de personas, pero cada una tiene un derecho propio. Hay exclusividad de cada una de las afectaciones, pero con un origen fáctico común y una homogeneidad en la pretensión que avalan la posibilidad de gestionar colectivamente este tipo de conflictos. Luego, una vez establecida la responsabilidad en la demanda colectiva cada uno de los afectados deberá probar la cuantía de los daños propios sufridos para cobrar la indemnización, esta será una acción individual pero abreviada pues lo principal (la responsabilidad) se habrá demostrado en la sentencia colectiva.

Esto demuestra la conveniencia de llevar adelante este proceso común en lugar de un sin número de acciones individuales que serían iguales, se honra el principio de economía procesal, pues si bien luego los interesados tendrán que demandar individualmente para obtener la reparación que le corresponda este será un proceso más sencillo en el que solo habrá que demostrar la pertenencia a ese colectivo y la cuantía del daño, casi como una ejecución de la sentencia dictada en el proceso colectivo.

Tanto las hipótesis de intereses supraindividuales como individuales homogéneos conllevan repercusiones procesales sobre la posibilidad y, en su caso, la forma de realizar una sustanciación conjunta, colectiva, del conflicto.

III. Derechos de incidencia colectiva en Argentina

Con la reforma constitucional del 1994 aparecen los arts. 41, 42 y 43, directamente relacionados con la materia bajo estudio:

"Art. 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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y

educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos".

"Art. 42.— Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

"Art. 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. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

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..."

Para el caso de las acciones colectivas, las normas transcritas reconocen tres opciones de legitimación: El afectado, el Defensor del Pueblo, y las asociaciones que propendan a esos fines.

El afectado, se ha considerado que no es cualquier persona, sino que debe esgrimir algún gravamen (no aparece reconocida la acción popular). Por otro lado, se le reconoce una amplia legitimación al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que dentro de su objeto social tienen alguna tutela de esos bienes.

En un primer momento se interpretó que cuando la constitución habla de derechos de incidencia colectiva se refiere a los que denominamos intereses supraindividuales, bienes colectivos indivisibles de cotitularidad de un número indeterminado de personas (flora, fauna, patrimonio histórico, ambiente, etc.) sin incluir a los intereses individuales homogéneos.

Es así que en el caso "Mendoza" (7) (sentencia del 20/06/2006), *leading case* en la materia, la Corte Suprema resolvió que

no correspondía acumular las pretensiones tendientes al cese y recomposición del daño ambiental y resarcir un daño de incidencia colectiva por contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo con los reclamos resarcitorios por lesión a derechos individuales, aun cuando se deriven de la misma contaminación ambiental ya que esos reclamos debían canalizarse mediante acciones individuales ante los tribunales que resultaran competentes.

Esta doctrina cambió con el caso "Halabi" (8) que significó la inclusión, por vía jurisprudencial, de los intereses individuales homogéneos como derechos de incidencia colectiva.

En este caso, existe un hecho único o continuado que provoca la lesión y, por lo tanto, existe una uniformidad fáctica y normativa que justifica incoar una única acción que involucre a todos (a la que la Corte denominó acción de clase). Reconoce efectos *erga omnes* a la sentencia que se dicte. Aclara la Corte que en tanto no se trate de reclamos patrimoniales procede considerar como de incidencia colectiva a los intereses individuales homogéneos.

Específica, además, los requisitos para su procedencia: Causa fáctica común, predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales, necesidad de identificar y notificar a todos los integrantes del grupo y análisis de la idoneidad del representante para la representación adecuada.

Otro elemento requerido por el Máximo Tribunal es que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Este requisito se refiere a la trascendencia económica del daño reclamado. Es decir, un "proceso de clase" no puede ser promovido si el incentivo económico que tienen los supuestos consumidores afectados es suficiente para que se justifique la promoción de un reclamo individual. Los procesos de clase, bien implementados, constituyen una importante herramienta de acceso a la justicia cuando el interés considerado en forma individual no justifica la promoción de un reclamo judicial y, además, reducen los costos de la administración de justicia y las externalidades (efectos) negativas mediante la prevención de conductas ilícitas (9).

IV. Déficit de los procesos colectivos en Argentina

El derecho sustantivo amplía el catálogo de intereses protegidos y la base de legitimación, pero el derecho procesal, todavía, no ofrece vías para canalizarlos.

Si bien se advierte la ausencia de leyes procesales, tanto a nivel nacional cuanto provincial, salvo algunas excepciones como por ejemplo las provincias de Río Negro, Tucumán y Santa Cruz, entre pocas, lo cierto es que a pesar de su falta de reconocimiento legal las acciones colectivas han prosperado gracias a la jurisprudencia, fundamentalmente emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El caso "Halabi" proveyó de un mecanismo de tutela colectiva para los intereses individuales homogéneos que habían quedado al margen de la previsión constitucional.

Ricardo Lorenzetti afirma que en el derecho argentino el sistema de acciones colectivas tiene pluralidad de fuentes y puede presentarse según el siguiente esquema:

a) Acciones colectivas referidas a bienes colectivos: Son admisibles con base en la

(4) GIDI, A., ob. cit., p. 52.
(5) ALTERINI, A. A., ob. cit.

(6) CSJN, Fallos 332:111.
(7) CSJN, Fallos 329:2316.

(8) CSJN, Fallos 332:111.
(9) CASTELLI, L. M. - GASCÓN, A. M., ob. cit.

Constitución Nacional y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en las causas “Mendoza” y “Halabi”.

b) Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales: Son admisibles con base en la Constitución Nacional y en la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en la causa “Halabi”.

c) Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo: Son admisibles conforme al régimen de Ley de Defensa del Consumidor (art. 54, ley 26.361).

d) Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales: No es admisible cuando no se trata de una relación de consumo” (10).

Podríamos sintetizar que, en el orden nacional, contamos con los siguientes instrumentos procesales sobre la cuestión:

Art. 43 de la CN, ley 25.675 (Ley general del Ambiente), ley 24.240 (Defensa del Consumidor) con la reforma de la ley 26.361, la Jurisprudencia, fundamentalmente “Mendoza” y “Halabi” y, finalmente, las acordadas de la CSJN 32/2014 y 12/2016 las cuales refieren al registro de procesos colectivos y a la reglamentación de procesos colectivos respectivamente.

La reforma al Código Civil y Comercial que en el Anteproyecto contenía una regulación muy amplia sobre los derechos de incidencia y procesos colectivos, finalmente solo quedó limitada al art. 14 que contiene únicamente un reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, en los siguientes términos: “Artículo 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

No obstante, la promoción de demandas colectivas se incrementó y la carencia de un procedimiento específico se hizo más notable. La Corte insistía en sus reclamos al Congreso para que provea una regulación procesal para estas acciones, sin resultado. Finalmente, el Máximo Tribunal dicta la Acordada 12 del año 2016, denominada Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, que es una verdadera norma regulatoria de la actuación en procesos colectivos. Una regulación procesal sobre la cual es discutible la competencia de la Corte Suprema. Sin embargo, ante la carencia se la utiliza no solo en los tribunales federales sino también en las provincias que carecen de una regulación ya que, de lo contrario, no habría parámetros a los cuales atenerse.

No es ocioso recordar que cuando se trate de usuarios y consumidores, existe una ley específica, la 24.240 con la reforma de la ley 26.361 que contempla a los intereses individuales homogéneos como de incidencia colectiva y, en su art. 54 contiene una regulación procesal (mínima) de las acciones colectivas (siempre que se trate litigios surgidos de una relación de consumo). Así también el art. 55 contiene reglas sobre la legitimación, y el beneficio de gratuidad.

Por otro lado, las acciones colectivas se hallan también contempladas y regula-

das en la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) que es ley de fondo y de forma (en lo referido exclusivamente a la materia ambiental) aborda temas procesales que deben compatibilizarse con las normas procesales locales. Merecen destacarse: La competencia judicial (arts. 7° y 32); tipificación de ciertas pretensiones y legitimación para cada una de ellas (art. 30); intervención de terceros (art. 30); prohibición de restringir el acceso a la justicia (art. 32); atribuciones del juez durante el desarrollo del proceso (art. 32); fuerza probatoria de los dictámenes de organismos estatales (art. 33); efecto expansivo de la sentencia (art. 33).

V. Cuestiones que considerar para reglar un proceso colectivo

La legitimación para instar la acción, la extensión de la cosa juzgada, régimen de costas, participación en el proceso de los representados, ejecución de sentencia y poderes del juez son aspectos que deben considerarse a la hora de proveer un régimen que regula estas acciones.

Los procesos colectivos tienen características propias que lo diferencian de lo que está regulado en los códigos adjetivos. La primera cuestión para considerar es el que se conoce como “numerosidad” (*numerosity or impracticability*) y determina que debe existir una cantidad de afectados tal que torne ineficiente la promoción de reclamos individuales. El Tribunal también puede considerar la reducción de costos generada para evitar múltiples demandas; la distribución geográfica de los miembros de la clase propuestos; los recursos económicos de la clase; la cantidad de demandas ya instadas por los miembros de la clase; el conocimiento de los nombres y existencia de demás miembros de la clase; y si los miembros de la clase ya se han unido a otras demandas similares. Hay que sumar los requisitos de superioridad —el proceso colectivo debe ser más eficiente que otro disponible para el tratamiento de la controversia— y el requisito de predominancia —las cuestiones de derecho y los hechos comunes a los miembros de la clase— deban predominar sobre aquellas cuestiones individuales (11).

La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien asume su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo, siendo esencial que se arbitre en cada caso un procedimiento que garantice la adecuada notificación de todas las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio, y que se implementen medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto (12).

Someramente, en cuanto a la intervención de los interesados existen dos mecanismos “opt in” significa que para hacerse miembro del grupo y ser alcanzado por la sentencia que se dicte en un proceso colectivo debe optarse por entrar en el grupo (lo cual no implica que debe intervenir en el juicio), mientras que “opt out” implica que todos los interesados están incluidos en el grupo a menos que opten por excluirse.

A quienes reconoce la ley legitimación para ejercer derechos colectivos (quien

debe representar los intereses del grupo en juicio). En nuestro país, como ya se indicara para ambos tipos de procesos colectivos se prevé la legitimación de los afectados, el Defensor del Pueblo de la Nación y de las provincias, en su caso; y las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los derechos cuya protección se procura.

El requisito de “representación adecuada” implica que se controle que la persona que actúe como representante de la clase proteja los intereses de la clase de forma justa y adecuada (13).

Si desde el lado de los legitimados activos es menester proveer un mecanismo de publicidad apropiada para dar intervención a todos los interesados que pudieran verse alcanzados por el resultado del juicio; lo mismo ocurre para los legitimados pasivos. Así es que una hipotética legislación sobre los procesos colectivos debe considerar la participación de aquellos a quienes la decisión afectará actual o potencialmente. Esto ocurre tanto en la hipótesis de intereses supraindividuales, en los que es dable observar que los conflictos que los involucran escasamente se limitan a hipótesis de dos partes enfrentadas; como en las de intereses individuales homogéneos en los que se suelen sumar legitimaciones pasivas total o parcialmente superpuestas. Las legislaciones no prevén otra participación de esos verdaderos afectados que no sea la intervención de terceros, la posibilidad de recurrir la sentencia que los afecte o de promover un juicio posterior cuestionando lo decidido. Todos los afectados deben tener la chance de participar en el proceso en que se debatan sus propios intereses (14).

La cosa juzgada colectiva, nos interroga respecto a quienes alcanza la sentencia dictada en un proceso colectivo. El problema está dado porque la mayoría del grupo no ha intervenido en el proceso, más aún muchos ni siquiera sabrán de su existencia.

En un proceso colectivo, la cosa juzgada debe extenderse más allá de las partes intervinientes en el juicio. Existen dos soluciones obvias para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en el litigio colectivo: O la ley da efecto obligatorio a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado, o bien la ley obliga a los miembros ausentes tan solo si el grupo triunfa, cosa juzgada *secundum eventum litis* en la terminología del derecho civil, los beneficios de la sentencia colectiva se extienden a los miembros individuales ausentes. Estos miembros no pueden ser perjudicados por una sentencia desfavorable. Pudiendo cada individuo perjudicado por la sentencia oponerse a la cosa juzgada promoviendo su acción individual en el ámbito personal (15). Empero no podrá promoverse un nuevo proceso colectivo sobre la misma causa y objeto.

Litispendencia: Dos clases de litispendencia pueden encontrarse en el litigio de la acción colectiva: La litispendencia entre dos acciones colectivas idénticas y la llamada litispendencia entre una acción colectiva y una acción individual correlativa (16).

Se debe evitar la superposición de procesos colectivos con idéntico objeto para prevenir el dictado de sentencias contradictorias. A fin de sortear el conflicto que pudiera suscitarse la Corte creó el Registro Público de Procesos Colectivos (Acorda-

da 32/2014) en el cual deben inscribirse todos los procesos de estas características radicados ante los tribunales nacionales y federales.

VI. Reglamento de actuación en procesos colectivos

Acordada CSJN 12/2016 (05/04/2016)

Dado que se trata de una norma procesal muy completa sobre cómo gestionar esta clase de juicios, más allá de los cuestionamientos que pudieran efectuarse sobre las facultades de la Corte para dictar normas de este tipo, será útil a los fines de este trabajo una breve reseña de su contenido para que el lector pueda compararla con las normas que contiene el Código Procesal de Santa Cruz sobre la materia.

El reglamento se encuentra vigente desde octubre de 2016.

I. Vigencia y ámbito de aplicación. En las causas que se inicien a partir del primer día hábil del mes de octubre de 2016, en los supuestos comprendidos en la acordada 32/2014, los tribunales y las partes deberán adecuar su actuación al procedimiento previsto en esta reglamentación. Quedan excluidos del presente Reglamento los procesos que se inicien en los términos de la ley 25.675, los que se regirán por las disposiciones contenidas en esa norma. Tampoco se aplicarán las previsiones del presente Reglamento a los procesos colectivos que involucren derechos de personas privadas de la libertad o se vinculen con procesos penales.

II. Demanda. En los términos del art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en la demanda se deberá precisar:

1. En los procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos:

a) El bien colectivo cuya tutela se persigue y

b) Que la pretensión está focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

2. En los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos:

a) La causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos;

b) Que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y;

c) La afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

Asimismo, en ambos tipos de procesos el actor deberá:

a) Identificar el colectivo involucrado en el caso;

b) Justificar la adecuada representación del colectivo;

c) Indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores;

d) Denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal, y

(10) MEROI, A., “Desequilibrios en la Recepción de Modelos de Procesos Colectivos (una lectura a partir de la ley 26.361 y del fallo Halabi”, *Revista de Derecho*

Procesal 2011-2, Procesos Colectivos, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 177.

(11) CASTELLI, L. M. - GASCÓN, A. M., ob. cit.

(12) CSJN “Halabi” fallo cit.

(13) CASTELLI, L. M. - GASCÓN, A. M., ob. cit.

(14) MEROI, A., ob. cit., p. 165.

(15) MEROI, A., ob. cit., ps. 189/190.

(16) GIDI, A., ob. cit., p. 115.

e) Realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva e informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignarán los datos de individualización de la causa, el tribunal donde se encuentra tramitando y su estado procesal.

Los arts. III a VII refieren a la registración de la demanda en el Registro de Acciones Colectivas y como proceder en caso de que se hayan iniciado procesos semejantes y ante qué Juez deberá quedar radicada la causa y la remisión a este último de todas las causas cuya pretensión presente una sustancia semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva.

VIII. Prosecución del trámite y certificación del colectivo. Efectuada la inscripción del proceso por el Registro, el juez dará curso a la acción y, en su caso, ordenará correr traslado de la demanda.

Contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo, juntamente con la resolución de las excepciones previas o, en su caso, con anterioridad a la celebración de la audiencia prevista en el art. 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el juez dictará una resolución en la que deberá:

1. Ratificar o formular las modificaciones necesarias a la resolución de inscripción a que se refiere el punto V; y

2. Determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses.

El art. IX dispone que resoluciones debe comunicar el juez al Registro y el X, como proceder cuando se dicte una medida cautelar con efectos colectivos en un proceso aun no inscripto, particularmente cuanto exista un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde respecto de la cautelar decretada sustancial semejanza en la afectación de derechos de incidencia colectiva.

XI. Deberes y facultades del juez. Por la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia en este tipo de procesos, el juez deberá adoptar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento.

VII. Regulación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz

El 4 de julio de 2016 comenzaron a regir en la Provincia de Santa Cruz las modificaciones efectuadas por la ley 3453 al Código Procesal Civil y Comercial. Debe destacarse que el proyecto de reforma estuvo a cargo del Dr. Arazí.

Dicha reforma tiene, entre otros, el mérito de haber incorporado en el Libro VIII, titulado "Protección de los derechos de incidencia colectiva" un régimen que regula este tipo de procesos. Lo hace en forma bastante completa, en los arts. 770 a 781. Su contenido será cotejado con las previsiones existentes sobre la materia, reseñadas precedentemente.

"Artículo 770.- Denominación. Se denominan acciones de incidencia colectiva aquellas que tienen por objeto la protec-

ción de bienes colectivos o de derechos individuales homogéneos provenientes de origen común, se trate de un solo hecho o de una serie sucesiva de actos que se prolongan en el tiempo, pero reconocen una misma causa, y tienen como titulares a los miembros de un grupo, categoría o clase.

Para la admisión de una acción colectiva en el supuesto de derechos individuales homogéneos, se tendrán especialmente en cuenta las circunstancias que tornen inconveniente las acciones individuales, sea por el número relevante de afectados, porque el interés de cada uno de ellos, considerado en forma aislada, no justifique la promoción de una demanda particular o por cualquier otra circunstancia que el Juez deberá evaluar en cada caso".

Como se observa, la norma es abarcativa pues incluye las acciones en defensa de bienes colectivos indivisibles y también los individuales homogéneos sean patrimoniales o no, pues no hace ninguna diferencia. Supera en este aspecto al orden nacional que, tal como señalara precedentemente, según la clasificación que realizara el Dr. Lorenzetti, los derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial que no deriven de una relación de consumo no pueden ser tramitados como acciones colectivas.

Pensemos, por ejemplo, en un reclamo de jubilados por ajuste de sus haberes (claramente se trata de derechos individuales homogéneos patrimoniales no derivados de una relación de consumo) estos podrían ser canalizados mediante una acción colectiva (promovida por aquellos a los que el art. 771 legitima). Mientras que no ha ocurrido lo mismo en el orden Nacional con los reclamos de este tipo [por ejemplo, los reclamos de jubilados a raíz del caso "Badaro" (17)].

Sigue en lo demás, la ley provincial, los lineamientos marcados en "Halabi" para justificar la procedencia de estas acciones.

"Artículo 771.- Legitimación. Están legitimados para promover acciones de incidencia colectiva el Ministerio Público y las instituciones o asociaciones legalmente constituidas para la defensa de los derechos colectivos, en la medida en que exista vinculación entre los respectivos objetos estatutarios y la pretensión ventilada en el proceso, y acrediten representación adecuada. La acción, según, el caso, puede también ser promovida por el Estado Provincial o por los municipios.

Corresponde a los jueces determinar, según las circunstancias de cada caso, si existe representación adecuada, valorando especialmente la idoneidad de quien pretende asumir la representación del grupo, en especial cuando se trata de instituciones y asociaciones, las que deberán cumplir con los requisitos legales para su funcionamiento; sus estatutos tendrán que contemplar expresamente la defensa de los derechos e intereses que pretenden tutelarse y tener una antigüedad razonable. Se tendrá en cuenta el prestigio, experiencia y antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los derechos colectivos".

Contempla que se controle la representación adecuada del grupo a los fines de la defensa de los derechos de los miembros que no intervienen en el proceso.

Si bien no legitima para accionar al particular afectado (menos aún la acción popular que faculta, para accionar, a cualquier persona aunque no tenga interés particular), este déficit queda subsanado

porque será siempre aplicable la legitimación del art. 43 (segundo párrafo) de la CN y además el propio art. 781 del mismo Código que prevé la aplicación en la Provincia de la Ley General del Ambiente (ley 25.675), la de Defensa del Consumidor (ley 24.240 y su modificatoria ley 26.361) y el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) y de cualquier otra norma Nacional que regule los procesos colectivos, cuando sean más beneficiosas para los usuarios, consumidores y demás peticionarios de tutela judicial que lo que ofrecen las leyes locales.

Es preciso aclarar que en la provincia no existe la figura del Defensor del Pueblo, de allí que en su lugar se ha designado al Ministerio Público.

El art. 772 otorga el beneficio de litigar sin gastos automático. Pero sanciona al litigante de mala fe condenándolo al pago de los gastos del proceso, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y de una multa a favor de ésta. Sin perjuicio de la responsabilidad por los daños ocasionados. El art. 773, contempla que el juez asuma un rol más activo en el proceso disponiendo medidas de oficio, convocando a audiencias públicas y prevé una flexibilización al principio de congruencia en la medida en que lo faculta a decidir sobre cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes, siempre y cuando se respete el derecho de defensa. Asimismo, prevé. que no será aplicable cualquier tipo de restricción que dificulte el acceso a la jurisdicción.

Este último punto complementa el artículo anterior, que otorga el beneficio de litigar sin gastos, como medios para facilitar el acceso a la justicia.

"Artículo 774.- Intervención de terceros. A petición de parte, del Ministerio Público o de oficio, se podrá citar a las entidades mencionadas en el Artículo 771, en los términos del Artículo 94. Tales entidades también podrán intervenir conforme lo establecido en el Artículo 90, Inciso 2º. En el caso de intereses individuales homogéneos, el demandado podrá citar a juicio a los titulares de esos derechos a fin de que la sentencia les pueda ser opuesta; conforme a las circunstancias del caso, la citación podrá hacerse por edictos y con intervención del Defensor Oficial. El Juez resolverá si corresponde ordenar la unificación de la personería, teniendo en cuenta el número de personas presentadas".

Se advierte que se ha prestado una especial atención al resguardo del derecho de defensa en juicio, muy importante en este tipo de procesos (que pueden dar lugar a abusos, principalmente por parte de los demandantes) a fin de evitar que los efectos de la sentencia pudieran alcanzar a quienes no han tenido posibilidad de intervenir en el proceso ya sea como demandantes o demandados. De allí que se sancione con severidad al litigante de mala fe (art. 772) y se amplíe el margen para citación de terceros, otorgándole esa facultad al Juez para hacerlo de oficio y a los demandados para citar a juicio a todos los posibles reclamantes y extender el alcance de la sentencia a su respecto, en los términos del art. 96.

Así también se otorga a los legitimados pasivos la posibilidad, en el caso de los intereses individuales homogéneos, de requerir la intervención de todos los afectados para que sean alcanzados por la sentencia que se dicte. De manera tal que no se vea luego sometido a un sinnúmero de demandas que pudieran plantear los afectados, individualmente. Sin embargo, entiendo que esto no será fácil cuando se tra-

te de un número muy elevado de personas, domiciliadas, además, en distintos puntos del país (pensemos en "Halabi"), de manera tal que esta previsión normativa, solo será aplicable en algunos, pero no a todos los casos donde se debatan intereses individuales homogéneos.

El art. 775 prevé los tipos de procesos a través de los cuales se canalizarán los reclamos, podrán ser: Ordinario (art. 297), sumarísimo (art. 298) o proceso urgente (299). Asimismo, contempla la posibilidad de recurrir al amparo, quedando a cargo del juez determinar cuál será el proceso más idóneo.

"Artículo 776.- Alcance de la sentencia. La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de bienes colectivos tendrá eficacia general para todos los afectados, representados por quien interviniera en el litigio, salvo si fuera absolutoria por falta de prueba o por haberse omitido alegar hechos fundamentales para la solución del litigio; en estos casos otros legitimados podrán volver a plantear la cuestión en otro proceso".

"Artículo 777.- Derechos individuales homogéneos. La cosa juzgada recaída en el juicio se trate de una acción individual o colectiva, podrá ser invocada por terceros que no han intervenido en él contra quienes hayan intervenido, pero no puede serles opuesta, salvo en el caso previsto en el Artículo 774, último apartado. En el nuevo proceso que promuevan los terceros, invocando la relación de causalidad y el monto del perjuicio. El demandado, al contestar la demanda, podrá expresar razones que justifiquen que, en el caso, la decisión no puede ser extendida a este proceso. El Juez decidirá, con carácter previo, si es o no aplicable la sentencia anterior. En caso de que resuelva que no corresponde extender los efectos de la cosa juzgada, el actor podrá ampliar su demanda dentro del plazo de diez [10] días contados a partir de la notificación de que ha quedado firme la decisión".

Los arts. 776 y 777 se refieren al alcance de la sentencia, diferenciando según que el objeto de la tutela sea un bien colectivo o derechos individuales homogéneos.

En el primer caso (art. 776) prevé que alcanzará a todos los afectados, aunque no intervinieron en el litigio. Aquí es oportuno hacer algunas precisiones, como se trata de bienes indivisibles, obviamente la decisión que recae sobre ese bien tiene efecto sobre todos los que indivisiblemente titularicen algún derecho sobre dicho bien. Ello ocurrirá indefectiblemente si la sentencia es a favor. Si es en contra, también los alcanzará, excepto que tal resultado negativo se hubiera producido por falta de pruebas o porque la accionante omitió alegar hechos fundamentales. En estos últimos supuestos, otros legitimados (conforme al art. 771), que no hubieran sido citados o que hubieran optado por apartarse podrán volver a plantear nuevamente la cuestión. Obviamente, no puede hacerlo el legitimado que accionó y perdió el juicio porque a su respecto habrá cosa juzgada.

El art. 777 refiere al alcance de la sentencia en los casos de derechos individuales homogéneos: Considero que la norma remite a la acción que podrán hacer los particulares damnificados para ejecutar sus acreencias luego que el derecho les ha sido reconocido en la demanda colectiva. Así, autoriza a invocar la cosa juzgada por aquellos que no han intervenido en el proceso, empero esta no puede serles opuesta.

Esto se vincula, con algunas limitaciones, a la cosa juzgada *secundum eventus litis*, es decir, si es beneficiosa para quienes no intervinieron en el proceso pueden invocar la sentencia colectiva (obviamente, solo contra los demandados que fueron parte en el juicio) y en este caso, solo tendrán que demostrar que su caso se encuentra alcanzado por la sentencia colectiva y la cuantía del resarcimiento, pero no la responsabilidad del demandado que ya se probó en el juicio colectivo.

Cuando la sentencia es contraria no puede serles opuesta (salvo que hubieran sido citados como terceros de conformidad con el art. 774) en este supuesto pueden promover la demanda propia, pero deberán demostrar, además del perjuicio sufrido, la responsabilidad del demandado. Lo mismo ocurrirá en el caso del último párrafo del art. 777 si el juez considera que no corresponde extender los efectos de la cosa juzgada, el actor deberá readecuar su demanda.

Si bien no surge con claridad, entiendo que si la demanda es rechazada no podrá promoverse otro proceso colectivo por el mismo objeto, solo acciones individuales por aquellos legitimados que no hubieran intervenido directamente en el juicio.

“Artículo 778.- Ejecución de las sentencias. Los jueces deberán ordenar las medidas conminatorias más eficaces para el cumplimiento efectivo de las sentencias”.

El art. 779 crea el Registro de Acciones Colectivas en el que se registrarán los procesos de dicha naturaleza, su objeto, radicación, partes intervinientes, medidas cautelares dispuestas y sentencias de todas sus instancias. Todo ello a efectos que un mismo tribunal entienda en los procesos similares y así evitar las graves consecuencias de la reproducción de actuaciones, principalmente el dictado de sentencias contradictorias.

Dicha medida se materializó a través de la Resolución del Tribunal Superior de Justicia de fecha 29 de junio del 2016, Registrada: T. CCXX, Reg. 02, F. 04/06. La cual sigue las pautas de la Acordada 32/2014 de la CSJN.

El art. 780 fija pautas para regular honorarios a los profesionales intervinientes en este tipo de procesos y el art. 781 que prevé: Las disposiciones de las leyes 24.240 (texto según leyes 26.361 y 26.994), 25.675 y de cualquier otra norma nacional que regule los procesos colectivos, serán aplicables en esta Provincia, salvo que las leyes locales sean más beneficiosas para los usuarios, consumidores y demás peticionarios de tutela judicial.

Finalmente, considero que en las acciones en que se procura la tutela de bienes transindividuales o supraindividuales o llamados también de incidencia colectiva (ambiente, patrimonio histórico, paisaje, etc.) podrán aplicarse, en lo pertinente,

los artículos referidos a tutela preventiva (arts. 472 a 475).

“Artículo 472.- Prevención del daño. Podrá iniciarse un proceso que tenga como objeto principal prevenir un daño o disminuir su magnitud, cuando exista riesgo razonable de que se produzca o agrave, en su caso. No es exigible ningún factor de atribución”.

Para estos casos la legitimación se amplía pues el art. 473 permite accionar a cualquier persona que acredite un interés razonable.

Es importante destacar el adelanto que significa el haber legislado sobre la materia y contar así con un sistema procesal por el cual canalizar los reclamos masivos. Entró en vigor en el año 2016, mientras que la materia sigue siendo una deuda pendiente en el ordenamiento Federal.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2917/2021

Nota a fallo

Seguro

Falta de pago de la prima. Débito automático. Mora. Suspensión de la cobertura. Deber de información de la aseguradora.

1. - La suspensión de la cobertura es quizás una de las más trascendentes circunstancias respecto de las cuales el asegurado debe ser informado y por ello se exige acentuar el deber de información diligente impuesto en cabeza del asegurador pues ello hace al leal y cabal conocimiento que el asegurado debe tener sobre los alcances de la relación jurídica que lo vincula con quien posee el poder económico de predisponer los términos contractuales. Entonces, bajo esta mirada es posible afirmar que la suspensión de cobertura no

puede ser un efecto directo y automático de la mora del asegurado. Al contrario, ante la falta de pago de la prima el asegurador debe informar al asegurado el incumplimiento de su obligación a fin de dar posibilidad de sanear dicha circunstancia para que luego, ante la reticencia del asegurado, pueda configurarse la suspensión de la cobertura.

2. - Un mínimo requisito de buena fe imponía a la compañía de seguros el deber de informar que había decidido suspender la obligación esencial del contrato de seguros ante la falta de pago del premio.

3. - El deber de información obliga a la aseguradora a poner en conocimiento a la parte

débil de la relación todas las vicisitudes que puedan acaecer en el *iter* contractual, fundamentalmente aquellas que puedan configurar la pérdida de los derechos del asegurado.

4. - En casos como el de autos, donde el asegurado adopta para el pago la modalidad de débito automático en cuenta bancaria existe un deber de información acentuado en cabeza del asegurador ya que el pago se efectúa a través de intermediarios –en el caso, el banco– y, si el débito no puede ser detraído, difícilmente llegue a conocimiento del deudor ya que ni el banco ni la compañía de seguros proceden a informar dicha circunstancia, con los efectos negativos que esta conducta genera en la relación

contractual asegurativa en perjuicio del asegurado.

ST La Pampa, sala A, 11/08/2021. - Aubert, Alejandra Guillermina c. Gardon, Víctor Oscar y Otro.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/125439/2021]

Costas

Se imponen a la tercera citada en garantía.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

El Contrato de Seguro como Contrato de Consumo

Análisis de la obligación de informar de la aseguradora previa a la suspensión de la cobertura



María Paula Arias

Profesora Adjunta de Derecho de los Contratos y de Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario, Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, Magister en Derecho Privado graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Doctoranda en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Investigadora categoría 3 en el marco del Programa de Incentivos a docentes investigadores, Abogada litigante en el ejercicio independiente de la profesión.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares del fallo en análisis.— II. El contrato de seguro como contrato de consumo.— III. Integración y armonización normativa.— IV. La tutela del crédito de la aseguradora vs. La tutela del asegurado consumidor.— V. La obligación de informar previo a la suspensión de la cobertura.— VI. Corolario.

I. Consideraciones preliminares del fallo en análisis

En esta ocasión se realizará un comentario al fallo dictado el 11/08/2021 por la Sala A del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa dentro de los autos caratulados “Aubert, Alejandra Guillermina c. Gardon, Víctor Oscar y Otro s/Ordinario” (1) en el cual el Tribunal consideró

que correspondía confirmar la sentencia de la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial.

En el caso objeto de la *litis*, el asegurado pagaba la prima de seguros a través del sistema de débito automático y durante dos meses consecutivos el pago no se efectivizó por falta de fondos. Inmediatamente después se produjo el siniestro respecto del cual la aseguradora declina la garantía planteando excepción de falta de legitimación pasiva con fundamento en la falta de pago.

En primera instancia la Jueza de grado hace lugar a la excepción planteada excluyendo la cobertura. Apelada tal decisión fue revocada por la Cámara de Apelaciones en tanto desestimó la excepción de falta de legitimación y por ende hizo extensiva la condena respecto de la aseguradora.

Puesta a consideración nuevamente la cuestión ante el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa se confirma la sentencia de la Cámara efectuando un análisis armónico de la normativa de seguros y la normativa consumeril. En las líneas siguientes analizaré el excelente precedente que se me encomendó anotar.

II. El contrato de seguro como contrato de consumo

Tal como como se expresa en la sentencia que se comenta no caben dudas que el contrato de seguro es un contrato de consumo. Sin embargo, esta postura casi pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, ha sido fruto de una ardua evolución ya que la discusión al respecto ha sido intensa.

En este sentido, antes de la sanción del Código Civil y Comercial (CCyC) existían posturas restringidas que negaban que el contrato de seguro se encuentre alcanza-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) STJ de La Pampa, Sala A, 11/08/2021, “Aubert, Alejandra Guillermina c. Gardon, Víctor Oscar y Otro”. TR LALEY AR/JUR/125439/2021.

do por las normas de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Dicha posición entendía que ni el tomador, ni el asegurado, ni el beneficiario y, menos aún, el damnificado, están alcanzados por el concepto de consumidor y, en consecuencia, quedaba fuera del ámbito normativo del consumidor todo lo referido al contrato de seguro (2).

En un segundo grupo pueden citarse las posturas intermedias para las cuales el concepto de “consumidor de seguros” solo comprendía a las partes del contrato de seguro, tomador y/o asegurado (según el caso), y siempre y cuando estos cumplan con los requisitos que hacen a los elementos o rasgos distintivos del consumidor. En tal sentido, no estaban comprendidos aquellos tomadores o asegurados que vinculaban el seguro con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Por último, las posturas amplias entendían que además de los tomadores y asegurados quedarían comprendidos el beneficiario en los seguros de personas y el damnificado en el seguro de responsabilidad civil. Esta postura encontraba su fundamento en la recepción amplia de la figura del “expuesto a la relación de consumo” en el último apartado del art. 1º de la LDC (3).

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial esta cuestión se ha visto clarificada en sentido favorable para la aplicación de las normas de consumo al contrato de seguro. Ello es así porque al receptor el nuevo cuerpo legal al contrato de consumo, como una fragmentación de la categoría general de contrato, puede revestir tal carácter cualquier contrato particular en el que los contratantes reúnan los recaudos de consumidor y de proveedor, respectivamente. Evidentemente, el asegurado está comprendido en el concepto amplio del sujeto que “adquiere o utiliza bienes o servicios” y que lo hace además “como destinatario final” y “para beneficio propio”, “o de su grupo familiar o social”. Así, el objeto del contrato de seguro consiste en la prestación de un servicio, a cambio del pago de un premio o prima. Tal servicio no es otra cosa que mantener indemne el patrimonio del asegurado o afrontar el pago de la indemnización para el beneficiario (4).

Por supuesto, es necesario dejar a salvo las empresas aseguradas, que contratan seguros (incendio, robo, etc.) sobre bienes de su pertenencia integrados a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros que no son consumidores finales. En estos casos acontece que, al tiempo de la celebración del contrato de seguro celebrado por la persona jurídica (asegurada), los bienes objeto de este no se hallan ubicados al final del circuito económico (5).

En definitiva, hoy no cabe duda de que si se dan las pautas subjetivas previstas tanto por los arts. 1º y 2º de la LDC como los arts. 1092 y 1093 del CCyC, el contrato se seguro deberá ser calificado como contrato de consumo.

III. Integración y armonización normativa

La normativa de protección del consumidor se relaciona de dos modos distintos con el ordenamiento, por un lado, imponiendo sus soluciones tuitivas por sobre soluciones distintas que puedan conducir la aplicación de otras normas, de allí la consagración del carácter de orden público del art. 65, y de la directiva de interpretación en favor del consumidor a que refiere el art. 3º; por otro lado el régimen de consumo tiende a integrarse con otras normas que, con fines también de protección singular a determinados consumidores de bienes y/o servicios, conforman una red de protección, que por lo general, tienden a proporcionar soluciones específicas respecto de principios ya contenidos en la ley de consumidor (6).

Con la Ley de Seguros 17.418 (LS) la normativa de consumidor se relaciona de ambos modos esbozados. Así, cuando dicha norma especial contraría la legislación consumeril esta última se impone y deberá primar por sobre la primera en virtud del carácter de orden público que surge del art. 65 de la LDC. Sin embargo, muchas de las disposiciones de la ley de seguros refuerzan los niveles de tutela que no pueden ni deben ser soslayados (7).

En otras palabras, cuando los planos normativos no se superponen, deben integrarse y aplicarse coordinadamente. En los espacios donde no existen normas, estas se deben elaborar sobre los principios del sistema, con especial consideración de las pautas imperativas del seguro y el orden público, el fin tuitivo e interpretación a favor del consumidor. No obstante, donde se superponen, hay que aplicar preeminentemente las normas de defensa del consumidor por tratarse de normas de orden público y por disposición expresa del art. 3º de la LDC, pero respetando la naturaleza del sistema, del negocio y del contrato de seguro evitando que mismo sea desnaturalizado (8).

Uno de los planteos defensivos efectuados por la aseguradora en el caso que se comenta fue que la ley general posterior no deroga a la ley especial anterior y es por ello por lo que si bien las leyes 17.418 y 24.240 tienen idéntica jerarquía la primera regula el contrato de seguro en forma específica y la segunda las relaciones de consumo de manera genérica, por lo que prevalece la primera sobre la otra norma de carácter general. En otras palabras, con dicho argumento se pretende aplicar a rajatabla el principio de jerarquía normativa.

Sin embargo, hoy no puede aplicarse un orden jerárquico o de prioridad estricto con las reglas de antaño y desoyendo la dinámica actual de las fuentes de derecho que no consiente esta metodología lineal. La aplicación del derecho al caso concreto requiere siempre de un procedimiento interpretativo que tome en cuenta los principios y los valores jurídicos implicados en el conflicto a resolver, para considerar las palabras de la ley de modo coherente con el resto del ordenamiento (9).

En esta línea se ha sostenido que el plurijuridismo entendido como pluralismo jurídico, puede exteriorizarse por la coexistencia, en un mismo orden, jurídico de varios microsistemas constituidos por leyes generales y/o especiales que regulan —al mismo tiempo y en idéntico lugar— materias total o parcialmente comunes. Planteada esta situación, el problema central reside en el modo como se resolverá el conflicto de fuentes, en tanto se incrementa la posibilidad de soluciones diferentes para una misma cuestión. Al respecto, si bien las respuestas tradicionales se basaban en la aplicación de criterios de jerarquía formal o primacía de una fuente sobre otra procurando el mantenimiento de la pirámide jurídica, en la actualidad la complejidad de materias y valores implicados conduce a la doctrina a plantear la necesidad de encontrar otros parámetros. Así, se habla del “diálogo de las fuentes”, de la “elección” de la norma por los encargados del funcionamiento o de una jerarquía material de normas, como criterios posibles para superar los problemas planteados por la diversidad de fuentes (10).

Por consiguiente, en modo alguno puede aplicarse el art. 31 (11) de la ley 17.418 —que prevé que en caso de mora en el pago del seguro se produce inexorablemente la suspensión de la cobertura—, dejando de lado tanto la obligación de informar que pesa sobre el proveedor y que tiene rango constitucional, como el principio protectorio, como la función social del seguro.

En definitiva, el trabajo sobre los hechos y los textos jurídicos debe hacerse con otra visión, vinculando las distintas fuentes y armonizándolas hasta lograr un resultado o respuesta que sea no solo aceptable co-tejado frente a una regla particular, sino aceptable para el sistema. La recurrencia a la jerarquía normativa ya no es el único modo de solucionar las antinomias o problemas de concurrencia de diversas fuentes en la captación de una determinada materia, sino que se elige la armonización antes que el descarte (12).

IV. La tutela del crédito de la aseguradora vs. La tutela del asegurado consumidor

Lo expuesto precedentemente no significa dejar de lado la tutela del crédito de la

aseguradora en cuanto a su derecho de cobrar las primas como contraprestación a su obligación de cubrir el siniestro en caso de que este acontezca.

El art. 31 de la ley 17.418 dispone expresamente que “si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago. En el supuesto del párrafo tercero del artículo 30, en defecto de convenio entre partes, el asegurador podrá rescindir el contrato con un plazo de denuncia de un mes. La rescisión no se producirá si la prima es pagada antes del vencimiento del plazo de denuncia. El asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido durante el plazo de denuncia, después de dos días de notificada la opción de rescindir”.

De la disposición transcrita puede advertirse que surgen dos mecanismos tutelares del crédito de la aseguradora. Por un lado, en la primera parte de la norma se regula una especie de suspensión de cumplimiento del contrato por mora del asegurado. Seguidamente, en la segunda parte del artículo se prevé una cláusula comisorio *ministerio legis* especial para el contrato de seguro. Ello sin perjuicio que se denomina a la vicisitud extintiva como “rescisión” en lugar de hacerlo como “resolución”.

Dichos mecanismos de tutela del crédito resultan apropiados y merecen ser salvaguardados en la medida que no se ejerzan de un modo abusivo y contrariando otras normas del ordenamiento jurídico. En tal sentido, se entiende que una aplicación automática de la suspensión de la cobertura y sin previo aviso al asegurado conspira con una interpretación armónica del precepto legal con el resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, es importante la referencia final del art. 2º del CCyC a la interpretación “...de modo coherente con todo el ordenamiento”. Tal vez aquí se encuentre la idea rectora en materia hermenéutica: La necesidad de “coherencia” interpretativa, en el sentido de que el criterio seleccionado por el órgano de adjudicación no implique dejar de lado otras reglas que provee el sistema —cuya armonización o diálogo se propicia—, o ya vulnerar principios y valores jurídicos del bloque de constitucionalidad. La coherencia ya no se encuentra en la ley, apriorísticamente, como ocurría en los tiempos de la codificación, sino *a posteriori*, en la construcción de la respuesta jurídica para el problema o conflicto planteado (13).

No se desconoce la postura que interpreta el art. 31 de la ley 17.418 de un modo literal entendiendo que la suspensión de

(2) LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo - HALPERIN, David A., “El contrato de seguro y la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY, 2003-E, 1320 y ss., sostienen que “la figura del contrato de seguro es absolutamente ajena a los supuestos previstos en el art. 1º de la ley 24.240...” y “dicha ley tampoco es aplicable a las entidades aseguradoras y reaseguradoras” (p. 1322).

(3) SOBRINO, Waldo, “Las modificaciones a la Ley de Seguros por aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor”, RCyS, febrero 2011.

(4) ARIAS, María Paula - TRIVISONNO, Julieta B., “La protección del consumidor frente a la economía de servicios”, SJA 30/03/2016, 30/03/2016, 25; TR LA-LEY AR/DOC/4197/2016.

(5) STIGLITZ, Rubén, “El contrato de seguro como contrato de consumo en Tratado de Derecho de Consumidor”, Dir. Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, La Ley, Bs. As., 2015, Tomo II, p. 850.

(6) SANTARELLI, Fulvio G., “Ley de Defensa de Consumidor. Comentada y anotada”, Dir. Picasso - Vázquez

Ferreira, La Ley, Bs. As., 2009, Tomo I, p. 59 y ss.

(7) De este modo, ley 17.418 contiene muchas normas que tienen en miras la protección del asegurado, del damnificado o del beneficiario. En tal sentido, las pólizas deben ser “claras y fácilmente legibles” con el contenido mínimo dispuesto por el art. 11 de la ley 17.418, redactadas en idioma nacional, salvo las de riesgo marítimo que podrán redactarse en idioma extranjero (art. 25, ley 20.091) y deberán ajustarse al art. 158 de la ley 17.418. Dicho artículo alude a normas inmodificables, es decir que no pueden variarse por acuerdo de partes (arts. 5º, 8º, 9º, 34 y 38) y otras que sólo pueden modificarse a favor del asegurado (arts. 6º, 7º, 12, 15, 18, párr. 2º, 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140). Es decir que son relativamente inmodificables. Asimismo, la mentada norma establece que cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. En tales casos no se incluyen los su-

puestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario. Por otro lado, la ley de seguro establece su propia nómina de cláusulas abusivas, de este modo: a) es nulo el convenio que exonere al asegurador de la responsabilidad por su mora (art. 50, ley 17.418); b) son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza (art. 57, ley 17.418); ello no obsta para que la valuación del daño pueda someterse a peritos; y c) el plazo de prescripción no puede ser abreviado. Tampoco es válido fijar plazo para interponer acción judicial (art. 59, ley 17.418).

(8) ARIAS, M. P. - TRIVISONNO, J. B., “La protección del consumidor...”, ob. cit.

(9) LORENZETTI, Ricardo Luis, “Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, La Ley, Bs. As., 2016, p. 42.

(10) FRUSTAGLI, Sandra, “Pluralismo jurídico: su incidencia sobre los usuarios de servicios públicos domiciliarios”, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/916/752>.

(11) “Si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago. En el supuesto del párrafo tercero del artículo 30, en defecto de convenio entre partes, el asegurador podrá rescindir el contrato con un plazo de denuncia de un mes. La rescisión no se producirá si la prima es pagada antes del vencimiento del plazo de denuncia. El asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido durante el plazo de denuncia, después de dos días de notificada la opción de rescindir”.

(12) DEPETRIS, Carlos Emilio, “Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial”, 01/06/2015, www.infojus.gov.ar, Id SAJ: DACF150652.

(13) DEPETRIS, Carlos Emilio, “Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial”, ob. cit.

la cobertura se produce de un modo automático por la falta de pago. Así, se ha dicho que “al producirse la falta de pago de las cuotas de plazo cierto, la mora se produce automáticamente acorde lo establecido en el art. 509 del Cód. Civil, con la consecuente sanción de suspensión de la cobertura a que refiere el art. 31 de la LS. Dicha suspensión se materializa en la supresión de la garantía por el asegurador, de modo tal que si ocurre el siniestro durante la suspensión el asegurado no puede exigir el pago de la indemnización. La suspensión se mantiene hasta tanto el tomador regularice su situación, en cuyo caso se produce la rehabilitación *ex nunc* de la cobertura, ya que durante el período de suspensión el contrato sigue vigente” (14). Asimismo, se ha postulado que cuando el asegurado no ejecuta, en el curso del contrato una obligación determinada se le retira la garantía hasta el día en que, espontáneamente, se coloca nuevamente en las condiciones del seguro. Para ello es suficiente que el asegurado incurra en mora con uno de los pagos, mora que en nuestro derecho opera por el vencimiento del término (15).

Sin perjuicio de la postura esbozada que no se comparte, en el caso analizado se debe tener especialmente en cuenta el modo en que el asegurado consumidor pagaba la prima periódicamente, es decir, a través del sistema de débito automático. Dicho sistema proporciona beneficios a la aseguradora porque, en general, garantiza el pago automático a una fecha determinada. Sin embargo, en caso de ausencia de fondos impone la obligación de dar aviso al asegurado de dicha circunstancia en aras de la buena fe contractual y la obligación de informar de toda circunstancia relevante para el contrato (art. 1100 del CCyC).

Es por ello por lo que, frente a la mora en el pago del primer mes por falta de fondos, la aseguradora no puede suspender la cobertura en forma automática y tiene la obligación de dar aviso fehaciente al asegurado de que resultó imposible la efectivización del pago y las consecuencias que dicha situación le acarreará.

Ello es así porque no solo se encuentran en juego los intereses económicos del consumidor sino los derechos de terceros que pueden verse damnificados por el siniestro.

En este orden, las aseguradoras tienen una “función social”, o una “utilidad social”, o bien un “compromiso social”. Así, el seguro, directa o indirectamente, refiere o se proyecta con relación a la salud o la vida de las personas y no solo en lo que refiere a los seguros de personas, propiamente dichos, sino en aquellos casos como los de la responsabilidad civil vinculados a la existencia de un damnificado afectado en su persona, sea en la integridad psicofísica o en su vida misma (16).

En el punto que sigue me adentraré en el análisis de la obligación de informar de la aseguradora previa a la suspensión de la cobertura.

V. La obligación de informar previo a la suspensión de la cobertura

El derecho a una información adecuada y veraz ha sido consagrado en el art. 42 de

la Constitución Nacional (CN). Es uno de los derechos básicos, pues la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores. Correlativamente, las deficiencias en la información pueden producir perjuicios a los consumidores en su patrimonio y hasta atinentes a su misma vida y salud (17).

Se ha afirmado que las empresas que se involucran con el trato de derechos fundamentales, como lo pueden ser la vida y la salud —lo que ocurre con las aseguradoras—, en directa o indirecta relación, asumen un particular “compromiso social”, que hace que la respuesta jurídica del caso pueda tener una particular dirección hacia la protección de estos derechos, más allá de la literalidad del contrato, de la autonomía de la voluntad y de la propiedad privada (en sus conceptos clásicos y tradicionales) (18).

Se admite sin hesitación la naturaleza constitucional del derecho a la información en la relación de consumo y, por ende, no es exigible mayor esfuerzo para certificar que, en un régimen como el argentino, la información a los consumidores ha sido consagrada como un derecho subjetivo directamente exigible (art. 42), proveyéndose seguidamente de un remedio procesal-constitucional explícito como lo es el amparo, donde se encuentran legitimados pasivamente tanto el Estado como los particulares. Consecuentemente, el sistema argentino dota de una “fundamentabilidad” ensanchada al derecho a la información, y a la vez le asigna la vía procesal de amparo constitucional (19).

Sumado a tan trascendente argumento de índole constitucional, el derecho del consumidor a ser informado también ha sido plasmado legalmente dotando de contenido concreto a la manda constitucional tanto en el art. 4º de la LDC como en el art. 1100 del CCyC. Esta última norma preceptúa que “el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato”.

Efectivamente, esta obligación de informar que recae sobre los proveedores de bienes y servicios debe ser previa, concomitante y posterior a la celebración del contrato, pues ello hace al leal y cabal conocimiento que el consumidor debe tener sobre los alcances de la relación jurídica que lo vincula con quien posee el poder económico de disponer los términos contractuales (20).

En lo que respecta a la etapa funcional del contrato, el objetivo de la obligación de informar subsiste, aunque ahora el propósito se limite a garantizar al acreedor una ejecución satisfactoria del contrato. En este caso, el deber informativo que pesa sobre el proveedor está sustentado en la cooperación debida en miras a una correcta ejecución del contrato (21). A mayor abundamiento, este deber de colaboración señalado, aunque emana implí-

ponsabilidad civil ambiental; responsabilidad civil del empleador; responsabilidad médica; o bien vinculados a los accidentes de tránsito (ARIAS, M. P. - TRIVISONNO, J. B., “La protección...”, ob. cit.).

(17) STIGLITZ, Rubén, “Deber de información en Tratado de Derecho de Consumidor”, Dir. Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, La Ley, Bs. As., 2015, Tomo I, p. 565.

(18) PIEDECASAS, Miguel A., “Consumidor y seguros”,

THOMSON REUTERS

LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

>SORTEO
MES ANIVERSARIO DE LA LEY

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO TRATADO EXEGÉTICO

del Dr. Alterini
3ra. edición actualizada y comentada

Completá tus datos
¡Podés ser uno de los 5 ganadores!

El premio incluye los **11 tomos** que conforman el
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO.
TRATADO EXEGÉTICO en su versión Papel + eBook.

Participá.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

(14) CCiv. y Com. de Paraná, Sala II, 03/07/2020, “Sosa, María Silvina c. Nación Seguros SA s/ ordinario daños y perjuicios”; TR LALEY AR/JUR/31856/2020. En el mismo sentido, CNCom., Sala D, 07/08/2007, “Elesegood de Guozden, María Alcira c. Provincia Seguros SA”, TR LALEY AR/JUR/6937/2007.

(15) HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan Carlos Félix, “Seguros”, Depalma, Bs. As., Tomo I, p. 416y ss.

(16) Ejemplo de ello, los seguros en materia de res-

RDPyC 2012-1, “Eficacia de los derechos de los consumidores”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 159.

(19) SAHIAN, José, Derecho de los Consumidores a la información en “El nuevo derecho del consumidor”, Dr. Gabriel Stiglitz y José Sahian, La Ley, Bs. As., 2020, p. 73 y ss.

(20) CCont. Adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Direct TV c. gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, LLCABA, 2012, abril, 218.

(21) STIGLITZ, Rubén, “Deber de información”, ob. cit., p. 575.

(22) STIGLITZ, Rubén, - STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad precontractual. Deberes secundarios de conducta. Incumplimiento del deber de información. Relevancia en los contratos de consumo”, LA LEY, 1992-IV- 750.

(23) OSSOLA, Federico - VALLESPINOS, Gustavo, “La obligación de informar”, Advocatus, Córdoba, 2001, p. 112.

En esta misma línea, se ha decidido que “debe tenerse por no convenida la cláusula que inserta en una póliza de seguro de vida, que establece la falta de pago de la prima y produce la caducidad automática del seguro sin previo aviso al tomador o a los beneficiarios, desde que la apuntada disposición contiene una forma de renuncia o restricción de los derechos de aquéllos que conduce a desequilibrar la economía propia del contrato” (24).

Además, como ya se sostuvo, la suspensión de la cobertura puede traer aparejadas consecuencias perjudiciales para terceros damnificados por los eventuales siniestros que se produzcan. Como se sabe, la actividad del seguro es una actividad regulada por el Estado por encontrarse comprometidos intereses que exceden los privados de las partes y, por ello, el proveedor en este tipo de actividades debe llevar adelante conductas que cooperen con la consecución de dichos fines sociales. En el caso, el cumplimiento cierto, preciso y detallado de la obligación de informar al asegurado en cuanto a que el pago de la prima no se efectivizó y que si no se concreta se producirá la suspensión de la cobertura.

La cuestión del pago de las primas a través del sistema de débito automático y la suspensión de cobertura por la ausencia de fondos, ha traído no pocos

conflictos en la realidad social con los consecuentes perjuicios a los distintos actores. Dichos conflictos se vieron reflejados en la jurisprudencia que ha sido vacilante (25).

En el fallo que se comenta se efectuó una referencia a esta modalidad de pago analizándose con precisión los riesgos de su elección. De este modo se aseveró que “en casos como el de autos, donde el asegurado adopta para el pago la modalidad de débito automático en cuenta bancaria existe un deber de información acentuado en cabeza del asegurador ya que el pago se efectúa a través de intermediarios —en el caso, el banco— y, si el débito no puede ser detruido, difícilmente llegue a conocimiento del deudor ya que ni el banco ni la compañía de seguros proceden a informar dicha circunstancia, con los efectos negativos que ésta conducta genera en la relación contractual asegurativa en perjuicio del asegurado”.

En consecuencia, la conducta que debe desplegar la aseguradora en cuanto a la comunicación al asegurado de la falta de fondos para poder concretarse el débito también tiene su fundamento en el art. 1710 del CCyC que consagra el deber de toda persona en cuanto a ella dependa de evitar causar un daño no justificado; adoptar de buena fe, y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se

produzca un daño o disminuir su magnitud y no agravar un daño si ya se produjo.

En otras palabras, si la aseguradora da aviso previo a su cocontratante de la falta de fondos muchos de los conflictos que se suscitan se evitarían contribuyendo a la paz social.

VI. Corolario

La relectura o reinterpretación del art. 31 de la LS, a la luz de la normativa consumeril de rango constitucional y legal que se realiza en la sentencia anotada, resulta encomiable.

Es de crucial trascendencia señalar en forma textual lo sostenido en la sentencia del Tribunal Superior de La Pampa en tanto postula que “la suspensión de la cobertura es quizás una de las más trascendentes circunstancias respecto de las cuales el asegurado debe ser informado y por ello se exige acentuar el deber de información diligente impuesto en cabeza del asegurador pues ello hace al leal y cabal conocimiento que el asegurado debe tener sobre los alcances de la relación jurídica que lo vincula con quien posee el poder económico de predisponer los términos contractuales. Entonces, bajo esta mirada es posible afirmar que la suspensión de cobertura no puede ser un efecto directo y automático de la mora del asegurado. Al contrario,

ante la falta de pago de la prima el asegurador debe informar al asegurado el incumplimiento de su obligación a fin de dar posibilidad de sanear dicha circunstancia para que luego, ante la reticencia del asegurado, pueda configurarse la suspensión de la cobertura”.

Dicha solución responde a la utilización de la metodología del diálogo de fuentes en sintonía constitucional y en la cual la herramienta *vedette* no es la jerarquía normativa sino el juicio de ponderación.

Esto no significa exigirle a la aseguradora la cobertura a pesar del incumplimiento persistente del asegurado sino, que cumpla con su obligación de informar esta situación como paso previo a la suspensión sobre todo cuando se utiliza el sistema de débito automático y en aras a la buena fe contractual.

En otras palabras, resulta posible la tutela del crédito de la aseguradora sin dejar de lado la tutela del consumidor que tiene un derecho de raigambre constitucional a ser informado. En este juego de pesos y contrapesos todos los actores implicados pueden verse beneficiados y evitar así conflictos judiciales en el futuro.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3008/2021

(24) CN Com., Sala C, 06/08/2010, “Gualco, Alba Clara y otro c. Provincia Seguros SA”, TR LALEY AR/JUR/39672/2010.

(25) CCiv. y Com. de Necochea, 23/02/2017, “Mayer, Rosa Marina c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles y comerciales”, TR LALEY AR/JUR/13662/2017; CCiv. y Com. de Paraná, Sala II, 03/07/2020, “Sosa, María Silvina c. Nación Seguros SA s/ ordinario daños y perjuicios”; TR LALEY AR/JUR/31856/2020; CNCom., Sala C, 06/08/2010,

“Gualco, Alba Clara y otro c. Provincia Seguros SA”, TR LALEY AR/JUR/39672/2010; Cta. Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, T.C.D.S.L., 05/02/2009, TR LALEY AR/JUR/395/2009, LLGran Cuyo 2009 (mayo), 365; CNCom., Sala D, 07/08/2007, “Elese-

good de Guozden, María Alcira c. Provincia Seguros SA”, TR LALEY AR/JUR/6937/2007.

Análisis normativo

Comentario a la acordada 13/2021 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro



Gabriela Yuba

Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA. Magíster en Minoridad, Universidad Notarial Argentina. Exjueza de Familia y Minoridad del Juzgado N° 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Autora de numerosos artículos y comentarios sobre Derecho de Familia y juvenil. Coautora de libros sobre la temática y Código Civil y Comercial Comentado. Conferencista a nivel local, nacional, regional e internacional. Docente en diversas diplomaturas y Especializaciones en el país y ámbito regional. Columnista jurídica en el programa radial “Mañanas Diferentes”, LRA RADIO NACIONAL USHUAIA. Miembro de la Red Mujeres para la Justicia. Representante por Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF (Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia). Titular de la cátedra de Derecho Internacional Privado. UCES-Ushuaia, Tierra del Fuego.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, el 14/04/2021, aprobó el *Protocolo de Femicidios*, que forma parte de la Ac. 13/2021, conforme Anexo I de esta.

Dicho Protocolo constituye una herramienta adicional, que se complementa con otros instrumentos, tendiente a facilitar la identificación de los hechos de femicidios, para completar así la función del Estado en la prevención, investigación, abordaje, juzgamiento y sanción si correspondiere de los femicidios. En este caso, la provincia de Río Negro implementa este Protocolo como una herramienta de articulación e investigación en la lucha contra la violencia hacia la mujer y puntualmente, respecto de los femicidios.

Teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado a partir de la ratificación de tratados y de convenciones internacionales y regionales de Derechos Humanos (DD.HH.) (como la CEDAW, Convención de Belém do Pará), la recolección de datos, información, con perspectiva de género sobre los femicidios resulta esencial en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en la lucha contra la violencia hacia la mujer debido al género. Ello desde la faz preventiva, como en la investigación, juzgamiento, sanción, evitando la impunidad de estos aberrantes hechos que constituyen una verdadera pandemia, en palabras de la ONU MUJERES.

La formulación de estrategias institucionales, como las tareas de recolección de

datos, registro, estadísticas, constituyen herramientas esenciales en la lucha contra la erradicación de la violencia hacia la mujer debido al género, así como también en su estudio e investigación para abordar mecanismos adecuados frente a esa problemática.

No debemos olvidar las distintas acciones que a nivel nacional se han implementado, desde las estadísticas de la Oficina de la Mujer (OM) dependiente de la Corte Suprema (CS), con el último informe Edición 2020 sobre el Registro Nacional de Femicidios (1); el dictado de la Ley “Brisa” N° 27.452, la importancia de la perspectiva de género como categoría de análisis para poder abordar esta problemática [la violencia contra la mujer es otra pandemia (2)]; medidas como

el presente Protocolo, tendiente a constituirse en un instrumento, desde una perspectiva de género, para implementar mecanismos en recolección de datos, ampliar y estandarizar en los sistemas informáticos, modificaciones en los sistemas (ejemplo “Choique”, “Puma”) para realizar los análisis pertinentes desde enfoque de género.

El *Protocolo de Femicidios* elaborado por el Poder Judicial de Río Negro, consta de una Introducción y seis capítulos que abordan los siguientes temas:

- Capítulo I: Sobre el Registro Nacional de Femicidios

- Capítulo II: Nociones conceptuales sobre “Femicidios”, “Feminicidios”, “Femici-

dio vinculado” y “Femicidio vinculado por interposición en la línea de fuego”.

- Capítulo III: Recomendaciones metodológicas para la investigación de este delito y la perspectiva de género como categoría de análisis.

- Capítulo IV: Sobre el modo de realizar los relevamientos de datos, la carga de datos, unidades de análisis (3) en los dos sistemas de Gestión del Poder Judicial de Río Negro (*Choique y Puma*).

- Capítulo V: En este capítulo se establece la conformación de las bases de datos de los femicidios. Ello con el objetivo de garantizar una coherencia interna de la información cargada y de los datos.

- Capítulo VI: Resumen gráfico de todo el proceso al identificar y relevar la información sobre femicidios.

¿Por qué es importante un Protocolo de Femicidios? A nivel local, resulta fundamental establecer pautas, criterios de carga, de recolección de datos, modos de intervenir, nociones teórico/prácticas, a los fines de lograr una información detallada, prolija, completa, coherente, actuaciones diligentes, eficaces, complementada con los sistemas informáticos (herramientas esenciales para lograr sistematizar la información) y realidades locales. La visión de la realidad local es esencial, para lograr así una visión holística del problema y brindar de esta manera una respuesta adecuada, con la celeridad y eficacia, con perspectiva de género e interseccional y conforme estándares internacionales de DD.HH.

Es importante contar con fuentes confiables y claras acerca de una realidad que interpela al Estado en su conjunto, a fin de prevenir los hechos de femicidio, como también garantizar que estos sean juzgados, no queden impunes y poder trabajar

en la promoción y defensa de los derechos de las mujeres, a tener una vida libre de violencia.

De allí la importancia de contar con un Protocolo, entendido este como una herramienta de articulación necesaria para poder reunir información precisa, sistematizada, fundamental a la hora de delinear, desarrollar, definir, ejecutar políticas públicas, en los términos convencionales/ constitucionales (conforme arts. 7º, 8º de la Convención de Belem do Pará, CEDAW, ley nacional 26.485 y legislación local vigente).

Existen distintas acciones positivas que se han realizado en pos del mismo objetivo, ya sea con relación específica en cuanto a la investigación de femicidios o bien en el abordaje de situaciones de violencia de género hacia la mujer en general.

En tal sentido podemos mencionar el *Protocolo (4) para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios) del 2018-UFEM (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres)*, que es una adaptación a la realidad y contexto jurídico argentinos del “Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), conocido como *Protocolo ONU (5)*.

Entre otras acciones, también encontramos las siguientes: “Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres. Femicidios”, de Santa Fe (res. 0417 del 28/10/2020 (6)); “Metodología del trabajo para el proceso de adaptación del Modelo del Protocolo latinoamericano de investigación de muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) de las Naciones Unidas” —UFEM 2019— (7); Protocolo de Intervención en Situaciones de Violencia de Género en la Provincia de La Rioja, ley 9921, sanciona-

da el 01/12/2016; dec. 123/2021 (B. O. del 22/02/2021), sobre la creación del Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios; dec. 465/2021, “Programa interministerial de abordaje integral de las violencias extremas por motivos de género —Creación del consejo federal para la prevención y el abordaje de femicidios, travesticidios y transfemicidios— adhesión al dec. nacional 123/2021, de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (8); dec. 303/2021, “Programa interministerial de abordaje integral de las violencias extremas por motivos de género —creación del Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios — adhesión al dec. nacional 123/2021”, de Santa Fe (9); dec. 524/2021, en igual sentido que el anterior (adhesión al dec. nacional 123/2021) de la provincia de Catamarca (10); res. 48/2021 MMGYD (B. O. del 13/02/2021), sobre la creación del Sistema Integrado de casos de violencia por motivos de género (11).

Es dable destacar, la información suministrada por la OM dependiente de la CS sobre el Registro Nacional de Femicidios —Edición 2020— (12), reiterando la importancia en la elaboración de estadísticas, para formular y diseñar políticas públicas acordes para responder a este flagelo que afecta a este sector vulnerable de la sociedad. Los datos arrojan que durante el año 2020 (del 1/1 hasta el 31/12 del 2020) hubo un femicidio directo cada 35 horas; 252 víctimas directas de femicidio; 6 víctimas de travesticidio/transfemicidio; 36 víctimas de femicidio vinculado; total de víctimas letales de la violencia de género en el año 2020: 286; 216 niños, niñas y adolescentes víctimas colaterales a cargo de la mujer asesinada y potenciales beneficiarios de la Ley Brisa, entre datos relevantes (13).

En aras de una recopilación de datos, que nos conduzca a un análisis fiel y eficaz de la realidad, con enfoque de derechos huma-

nos y de género, no podemos dejar de mencionar la importancia de la IA (Inteligencia Artificial) y el impacto en el derecho, lo que supone desafíos para tener en cuenta.

La aplicación de la IA (con asistencia inteligente, automatización y clasificación detección inteligente) en materia de género (14), constituye un nuevo reto de estos tiempos, teniendo en cuenta los estándares internacionales de DD.HH.

Esto, habida cuenta de lograr una IA ética, fiable, robusta, equitativa y centrada en el ser humano, afrontando la problemática de la discriminación algorítmica, que al decir de Sánchez Caparrós, demanda de los Estados un esfuerzo para diseñar justamente marcos regulatorios orientados hacia esa IA ética que mencionamos anteriormente. Por otro lado, ello constituye un desafío para los operadores jurídicos para pensar herramientas que permitan impugnar el sesgo algorítmico que ya está ocurriendo (15).

Consideramos fundamental a la hora de diseñar programas o sistemas informáticos que aborden estas problemáticas, tener en consideración que las aplicaciones de la IA deben respetar los derechos fundamentales consagrados en los Tratados de Derechos Humanos, en las constituciones (16).

“Los sistemas de IA deben ser compatibles con los principios del Estado Constitucional de Derecho y con los Derechos Humanos. Una IA con un enfoque centrado en la persona deberá esforzarse por asegurar que los valores humanos tengan un papel central “...en el desarrollo, despliegue, utilización y supervisión de los sistemas de IA, garantizando el respeto de los derechos fundamentales...” (17).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2361/2021

(3) Causas Judiciales; Información de la Víctima; Información del Imputado; Formulario Armas de Fuego; Actualización del Legajo y Sentencia Judicial. Se incluye información general de la víctima, principio de interseccionalidad, toda información relevante para la investigación del hecho.

(4) <https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2018/03/UFEM-Protocolo-para-la-investigacion%20de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres-femicidios.pdf> Fecha de consulta: 12/7/2021

(5) <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2014/modelo%20de%20protocolo.ashx?la=es> Fecha de consulta: 12/7/2021

(6) <https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2020/11/Resoluci%C3%B3n-N%C2%B0-417-MPA-Santa-Fe-Protocolo-para-la-investigaci%C3%B3n-y-litigio-de-casos-de-muertes-violentas-de-mujeres.-Femicidio.pdf> Fecha de consulta: 13/7/2021

(7) <https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2019/12/Metodologi%C3%A1-de-trabajo.pdf> fecha de consulta: 13/7/2021

(8) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/AALY

(9) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/AAMC

(10) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/AAEB

(11) “...Se crea, en la órbita de la Dirección Nacional de Planificación, Seguimiento y Gestión de la Información de la Unidad de Gabinete de Asesores del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, el Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG) con el objetivo de sistematizar la información disponible sobre casos de violencia por motivos de

género y de constituir una herramienta de consulta y seguimiento que permita el diseño de políticas públicas sobre un sustento empírico del fenómeno de la violencia a nivel nacional. Para tal cometido se aprueban los Lineamientos general del sistema y los “Contenidos Mínimos del Acta Complementaria de Cooperación Técnica en materia de Gestión de la Información” a firmar con gobiernos provinciales, municipales y de la CABA, y/o organismos de la Administración Pública Nacional...”. PAGANO, Luz M., “Síntesis de legislación nacional”, RDF 100, 185, Cita online: TR LALEY AR/DOC/1500/2021.

(12) <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html> <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2020.pdf> fecha de consulta: 21/06/2021

(13) Para más información, consultar la página OM de la CS

(14) https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-i-diario-penal-nro-228-22-03-2019/ Fecha de consulta: 13/7/2021 MACCHIAVELLI, Nieves, “Sistemas inteligentes como herramientas de optimización del servicio de Justicia: El caso del proceso penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (Ley 13.944) en la CABA”.

(15) SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, “Prevenir y controlar la discriminación algorítmica”, Cita: RC D 427/2021

(16) *Ibidem*.

(17) *Ibidem*.

Actualidad

Actualidad en Derecho Civil



Alejandro J. E. Moldes

Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Exfiscal Federal. Exjuez de la Provincia de Río Negro. Docente Universidad Nacional del Comahue.

I. Alimentos. Aumento de cuota alimentaria. Edad del menor. Ingresos del alimentante. Santa Rosa, La Pampa

Autos: “A., S. A. c. E., F. M. s/aumento de cuota alimentaria”. Fecha: 21/05/2021. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/111153/2021

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

El día 21 de mayo de 2021 la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa confirmó la sentencia de primera instancia.

La parte actora, quien había convivido como pareja con el demandado y que como fruto de esa relación había nacido



Ana L. Giménez Mehdi

Abogada egresada de la Universidad Nacional del Comahue. Prosecretaría Electoral Nacional, Distrito Neuquén.

un hijo —quien tenía 10 años al momento de fallo— interpuso una demanda solicitando el aumento de la cuota alimentaria hasta alcanzar el 30% de los haberes que percibía el demandado; en particular, alegó nuevos problemas de salud del menor que requerían el tratamiento de una nutricionista. El demandado contestó la demanda oponiéndose a la pretensión de

la actora, invocando que se encontraba conviniendo con su actual pareja, junto a los 3 hijos de su pareja, que él aportaba la mitad de los gastos de su actual vivienda, y que cubría los gastos de la obra social de su hijo.

La sentencia de primera instancia, tras lo dictaminado por el Ministerio de Ni-

ñas, Niños y Adolescentes, resolvió que la cuota alimentaria debía ser elevada al 23% del sueldo neto que percibía el accionado, con más las asignaciones familiares correspondientes, escolaridad y obra social. Fundó su decisión en dos razones: La primera, que se habían producido modificaciones sustanciales en las condiciones tenidas en cuenta por las partes para acordar la prestación alimentaria originaria (el crecimiento del menor —circunstancia que permite presumir un aumento en los gastos referidos a manutención, educación, esparcimiento, vestimenta y asistencia, etc.—); y la segunda, la mayor capacidad del alimentante, habiendo quedado probado que los ingresos del progenitor provenían de su haber jubilatorio y de su trabajo chofer de ambulancia del que habían dado cuenta algunos testigos. Además, la sentencia de grado desestimó el argumento esgrimido por el demandado al momento de contestar la demanda —es decir, que debía solventar los gastos de su nuevo grupo familiar— afirmando que el progenitor debe esforzarse para brindar todo cuanto esté a su alcance para cubrir las necesidades de su hijo.

La parte actora apeló la sentencia de grado entendiéndole que el aumento del 3% era insuficiente para lograr cubrir las necesidades mínimas e indispensables de un niño. La expresión de agravios no fue contestada por la contraria.

El Dr. Alejandro Pérez Ballester, quien emitió el primer voto, indicó que se encuentran acreditados los problemas de salud del menor, las actividades que realiza y sus mayores gastos debido a su edad. Tuvo también por acreditados los dos ingresos que recibía el demandado: Un primer ingreso que percibía en su condición de policía retirado voluntariamente y un segundo ingreso, no denunciado al contestar la demanda, en su carácter de chofer de ambulancia del servicio de emergencias. El juez en su voto presumió que el demandado con mala fe omitió mencionar el segundo ingreso. Por ello, propuso al acuerdo revocar la sentencia y admitir la pretensión de la actora.

El Dr. Mariano C. Martín, sorteado para emitir el segundo voto, detalló que la actora solo denunció un único ingreso del actor (el ingreso como policía retirado voluntariamente) pero que el segundo ingreso del demandado no se encontraba suficientemente probado, ya que sólo se sostenía en declaraciones testimoniales desprovistas de datos concretos (quién sería el empleador, cuál sería lugar de prestación de tareas, cómo lo saben los testigos, etc.). Incluso, sostiene el Dr. Martín, la propia sentencia habla de dichos ingresos de manera potencial, por lo que no los entiende acreditados. Tras su análisis, el Dr. Martín propuso al acuerdo confirmar la sentencia de grado.

Seguidamente, el Dr. Horacio A. Costantino adhirió a los argumentos expresados por el Dr. Mariano C. Martín y, entonces, la Alzada confirmó la resolución de Primera Instancia.

II. Ejecución de honorarios. Legalidad. Procedencia. Santa Rosa, La Pampa

Autos: “Perez Fuentes, María Otilia c. Viniegra, Manuel Adrián s/Resolución de Contrato y daños y perjuicios” (Expte. N° 21.721 R.C.A.). Fecha: 6/07/2021. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/111176/2021

El día 6 de julio de 2021 la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa confirmó la reso-

lución de primera instancia, la cual había decretado un embargo ejecutivo sobre las sumas de dinero que ingresaren a las cuentas bancarias de titularidad de la actora, en resguardo de una acreencia en concepto de honorarios profesionales a favor de las abogadas de la parte demandada, en el marco de un juicio de escrituración. La decisión de primera instancia excluyó del embargo a las sumas que pudieran corresponder al cobro de comisiones bancarias por mantenimiento de las cuentas bancarias.

Contra dicha sentencia apeló la parte actora alegando que la medida ejecutiva decretada resultaba abusiva y constituía una violación a la ley, toda vez que el embargo así dispuesto afectaba bienes indispensables para su subsistencia.

También apelaron las abogadas del demandado (en su carácter de acreedoras por el crédito de honorarios debidos por la actora) alegando que el juez, luego de haber comunicado el embargo ejecutivo, había decidido limitar esa medida de manera arbitraria e infundada excluyendo de la afectación del embargo a las sumas que pudieran demandar el cobro de las comisiones bancarias.

La Sala 1 rechazó los agravios expuestos por la parte actora entendiéndole que la medida no resultaba violatoria de la ley ni abusiva de los derechos de la apelante, y resultaba acorde a la normativa aplicable y resguardaba los mutuos intereses comprometidos. Ello, toda vez que los bienes que el juez había dispuesto afectar para garantizar el crédito ejecutado no revestían el carácter de inembargables y que se había indicado expresamente al momento de decretar la medida cautelar que, de afectarse eventualmente una “cuenta sueldo”, solo podría efectivizarse en la proporción que la ley establece.

De igual modo, la Sala 1 rechazó la pretensión recursiva de las abogadas de la parte demandada. Detalló que el art. 198 del CPC, contrariamente a lo expuesto por las recurrentes, no solo faculta al juez a menogar la medida ordenada, sino también a acordar una distinta a la solicitada por el acreedor, aun sin petición de parte, con el propósito de garantizar el crédito que se persigue y evitando también aquellos perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de tales bienes.

En ese andamiaje, entendieron los magistrados que la decisión adoptada por la instancia de grado antes que perjudicar a las ejecutantes, redundaba en su beneficio, ya que preservaba la operatividad de las cuentas bancarias —a través del cobro de las comisiones de mantenimiento—, el presupuesto necesario para que puedan embargarse las sumas de dinero que allí se depositen.

Por ello, por unanimidad, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa desestimó los recursos de apelación interpuestos y confirmó la sentencia de primera instancia, con costas por su orden.

III. Proceso de violencia familiar. Cuota alimentaria provisoria. Procedencia. Neuquén

Autos: “D. M. C s/ Situación Ley 22.121” (Expte. 118.608/2021). Fecha: 11/08/2021. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/125441/2021

El 11 de agosto de 2021 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad del Neuquén revocó la decisión de primera instancia que había rechazado la

petición de la actora y dispuso que se le abone a esta una suma de dinero mensual en concepto de cuota alimentaria provisoria, por el plazo de seis meses, en el contexto de un proceso por violencia familiar.

En primera instancia en el marco de un proceso por violencia familiar, según la ley provincial 2212, el juez de grado había determinado dar curso al pedido de una cuota alimentaria provisoria a favor del hijo en común de las partes, disponiendo a su vez que en lo referente a los alimentos de la actora debía ocurrirse por la vía y forma correspondiente. Frente a ello se agravó la accionante aduciendo que el pedido había sido efectuado a favor de ella y no del hijo común de ambos. Expresó que debido al sistema patriarcal en el cual se encontraba inmersa desde hacía 8 años que no estaba dentro del mercado laboral y que había fundamentado su pedido en la violencia ejercida hacia su persona y en la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encontraba. En sus agravios, reiteró que los alimentos provisorios se peticionaban en el marco de las medidas cautelares previstas en el art. 25 de la ley 2212 y a la luz de los principios convencionales. Agregó que la separación de las partes se había producido de manera violenta y abrupta, no permitiéndole organizar la forma en que darían por terminada la relación de pareja, que padece de esquizofrenia, que se encuentra desempleada pues su cuadro de salud dificulta la incorporación a un trabajo estable y que tampoco cuenta con una red de contención familiar.

La Cámara, integrada por los Dres. Cecilia Pamphile y Jorge Pasquarelli, comenzaron el análisis señalando que la ley de violencia familiar no hace distinción respecto al universo de personas a las cuales se dirige el ámbito de protección que prevé, dentro del cual se encuentra toda forma de violencia hacia las personas ejercida por algún integrante de su grupo familiar, indicando luego que el juez puede adoptar, a pedido de parte o de oficio, las distintas medidas cautelares que se señalan en la norma, aún ante la sola denuncia y conforme la apreciación que hace en dicho momento de los hechos que se le exponen, sin perjuicio del trámite posterior y el ejercicio del derecho de defensa por parte del denunciado.

Asimismo, recordó la Alzada, que el objeto de las leyes protectorias contra la violencia familiar no es desplazar a los restantes procesos de familia sino operar como una herramienta útil y eficaz, posibilitando dar una respuesta urgente frente a un requerimiento cuando media una situación de peligro para alguno de los integrantes del grupo familiar, debiendo interpretarse sus recaudos desde una perspectiva diferente a la habitual de los clásicos presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares.

Luego, los magistrados destacaron que todo ello debía trasladarse al presente caso dada la situación de extrema vulnerabilidad de la accionante conforme los hechos que había denunciado y dado el informe de la psicóloga interviniente quien indicó que debía valorarse la situación de violencia en función de las variables de orden social y de salud mental y la circunstancia de que la peticionante se encontraba alojada transitoriamente en el Refugio M.T. A su vez, señalaron, debía tenerse en cuenta que el Ministerio de Desarrollo Social había informado que los indicadores de riesgo eran de larga data y que se trataba de una situación crónica de violencia.

Así, los jueces entendieron que considerando las pautas citadas, en el marco cautelar evaluado y teniendo en cuenta el carácter provisorio de la medida, correspondía hacer lugar a la misma a fin de que la peticionante acceda a una asistencia económica para solventar sus necesidades mínimas, a lo que debía agregarse, igualmente, que el hijo de las partes había sido reintegrado a la solicitante, por lo que dispusieron que se le abone una suma mensual de \$ 20.000 por el plazo de 6 meses, imponiendo las costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión planteada y la forma en que se resolvía la misma.

IV. Derecho del consumidor. Deber de información. Responsabilidad solidaria. General Roca. Río Negro

Autos: “Rodríguez, Héctor Enrique y García Martínez Herminia c. Almundo.Com SRL y Otro s/ Sumarísimo. Expte N° B-2RO-291-C2018. Fecha: 26/07/2021. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/113146/2021

El 26 de julio de 2021 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Provincia de Río Negro, hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. La sentencia de grado había rechazado la demanda intentada por los actores, quienes interpusieron formal recurso de apelación.

Los actores al demandar habían alegado que habían contratado con la empresa de viajes demandada —ALMUNDO.COM SRL— un vuelo Neuquén-Madrid, ida y vuelta, en la empresa Aerolíneas Argentinas y que, a su vuelta, perdieron el vuelo que los trasladaría de Buenos Aires a Neuquén debido a la demora en el transporte terrestre que operaba entre el Aeropuerto Internacional de Ezeiza y el Aeroparque metropolitano, siendo dicho retraso imputable a las demandadas. Habían detallado que las demandadas debieron ofrecer una conexión posible entre los vuellos, que existió falta de información, que el servicio de transporte gratuito no fue cumplido —ya que no salió de Ezeiza ni llegó a Aeroparque en tiempo y forma—, que los actores habían esperado de buena fe el servicio contratado, y que el transfer gratis había sido muy importante a la hora de contratar. Mencionaron que, si la línea aérea ofrecía vuelos en conexión, debió de haber previsto las demoras que existan en las interconexiones aguardando a los pasajeros demorados y, en caso de no ser posible, reprogramarle otro vuelo sin costo.

Las demandadas contestaron los agravios expuestos por las actoras argumentando que los estos constituyen una mera discrepancia subjetiva con lo decidido en primera instancia.

El Dr. Dino Daniel Maugeri en su primer voto, coincidió con la sentencia de primera instancia en que la actora no había descrito adecuadamente los hechos y que, incluso, pretendía modificarlos en la instancia recursiva.

En su voto, concluyó que el transporte terrestre entre aeropuertos se había tratado de un servicio gratuito y optativo, prestado incluso por un tercero, y no podía sostenerse que integraba la contratación realizada por los actores con las demandadas, toda vez que la decisión de abordar ese y no otro medio de transporte se había encontrado a su entera evaluación de conformidad a los horarios de los vuellos en conexión.

Sin embargo, entendió el magistrado que existió una notoria falta de asesoramiento por quien comercializó los pasajes —es decir, la demandada ALMUNDO.COM SRL— ya que los horarios de llegada y partida de los vuelos comercializados (3 horas entre un vuelo y otro) no permitían arribar con la antelación requerida a Aeroparque.

Juzgó también que la empresa de viajes ALMUNDO.COM SRL había organizado el viaje de los actores desarrollando múltiples tareas (no simplemente intermediar en la compra del pasaje aéreo), que lo había hecho en el marco de una actividad profesional y por ello que debió adoptar todos los recaudos necesarios para que el mismo se ejecutara con normalidad proveyendo la información necesaria.

En ese marco, advierte el Dr. Dino Daniel Maugeri que debía responsabilizarse a la demandada ALMUNDO.COM SRL por no haber brindado el debido asesoramiento y la información necesaria a la parte actora acerca de la exigua diferencia horaria existente entre el arribo del vuelo internacional de vuelta y el vuelo de cabotaje de conexión que le permitía regresar a su lugar de origen en debida forma. La solidaridad de la codemandada Aerolíneas Argentinas SA, afirmó el magistrado, surgía de la aplicación del art. 40 de la ley 24.240 por lo que le cabía responsabilidad en la comercialización de los billetes vendidos.

Por ello, propuso al acuerdo condenar a las demandadas a restituir a la parte actora el monto de dinero que abonaron por dos pasajes en clase Premium que debieron adquirir, tras 10 horas de espera en Aeroparque, para regresar desde Buenos Aires a Neuquén; todo ello, más intereses.

A continuación, el Dr. Víctor Darío Soto, adhirió al voto emitido por su colega preopinante y por ello, la Cámara de Apelaciones modificó la sentencia de Primera Instancia en la forma expresada anteriormente.

V. Prescripción adquisitiva. Inmuebles. Inicio de la posesión con ánimo de dueño. General Roca. Río Negro

Autos: “Panchenko, María Ester c. Yop, Jorge Romualdo s/ Usucapion”. Expte N° A-2RO-1387-C2017. Fecha: 25/06/2021. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/111384/2021

El 25 de junio de 2021 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la pretensión de la actora.

La actora había sostenido en su demanda de prescripción adquisitiva de dominio que un inmueble urbano —de titularidad registral del demandado— se encontraba bajo su posesión con ánimo de dueña por un plazo superior a 20 años y que había realizado diferentes actos posesorios sobre dicho bien (como, por ejemplo, mejoras y pago de impuestos). El fallo de grado rechazó la pretensión ya que tuvo por acreditado que el inmueble era titularidad del demandado, que la actora y el demandado habían vivido juntos como relación de pareja hasta el año 2008 y que el demandado había intimado a la actora fehacientemente a restituir el inmueble de su propiedad en el año 2016.

La actora interpuso recurso de apelación contra lo resuelto afirmando que en primera instancia no se había valorado la

prueba producida en su integridad y que se encontraba probado que la ocupación se realizó de manera ininterrumpida y pacífica (entendiendo por pacífica que no entró al inmueble por la fuerza), que abonó impuestos y que realizó refacciones en el inmueble. El demandado contestó los agravios indicando que la pretensión recursiva no superaba los estándares para la procedencia del recurso y que la sentencia de grado se ajustaba a los hechos y al derecho.

El Dr. Víctor Darío Soto expuso en el primer voto que el origen de la vinculación entre la actora y el inmueble comenzó por la convivencia de la actora con el demandado —titular registral del bien— en dicho inmueble y con motivo de su relación de pareja —hecho no controvertido—.

El magistrado juzgó que existía certeza respecto al plazo veintañal de la ocupación y que la posesión era pacífica e ininterrumpida. Sin embargo, juzgó que el ánimo de dueño no se constató en la totalidad del plazo, toda vez que el ánimo de tener la cosa para sí (elemento propio del instituto de la usucapición) solo se acreditaba a partir del año 2008, cuando tuvo ocurrencia la ruptura de la relación sentimental entre las partes y el retiro de la vivienda del demandado; solo a partir de ese momento, dice el juez, la actora pudo haber tenido la intención de intervertir el título por el cual ocupaba el inmueble, queriéndolo para sí con ánimo de dueña y exteriorizando dicha voluntad a través de actos posesorios. Además, señaló el Dr. Soto que el envío de una carta documento en el año 2016 por medio de la cual el demandado le había solicitado a la actora la restitución del inmueble, demostraba un especial interés del propietario de recuperar el inmueble y hacer valer su derecho de propiedad, y le quitaba la característica de pacífica a la posesión intentada por la actora.

Por ello, entendió el magistrado improcedente el recurso de apelación ya que de las constancias de autos se infería una insuficiencia de los requisitos indispensables para la procedencia de la usucapición (más específicamente el plazo veintañal con ánimo de dueña), lo que ameritaba el rechazo de la pretensión recursiva.

A continuación, el Dr. Dino Daniel Maugeri, adhirió al voto emitido y de esa manera la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia de Primera Instancia en todas sus partes.

VI. Prescripción adquisitiva. Inmuebles. Actos posesorios. Características. Puerto Madryn. Chubut

Autos: “C.E. C. P. E. H. s/ Prescripción adquisitiva” (Expte. 183/2020). Cita Online: TR LALEY AR/JUR/110914/2021.

La Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la demanda de usucapición.

La sentenciante de grado entendió que la actora no había logrado corroborar los dichos vertidos en el escrito de demanda que permitían acreditar la posesión del lote y su continuidad por el lapso que establece la ley que es de 20 años, pues si bien la actora había realizado actos posesorios, solo pudo acreditar esa circunstancia desde el año 2009, lo cual resultaba insuficiente a los efectos establecidos en los arts. 4015 y 4016 del Cód. Civil, también dijo la *a quo* que el pago de impuestos no constituía un acto posesorio y que el fallo a dictarse no podía

basarse exclusivamente en la prueba testimonial.

En su expresión de agravios la accionante planteó que hubo una errónea valoración de la prueba, que no se valoró el boleto de compraventa, que la prueba aportada le daba sentido a lo relatado y vivido por esa parte, quien nunca había cesado en ejercer el derecho de propiedad e incluso había construido una vivienda, y además había comprado el inmueble de buena fe y había enviado una carta documento a una empresa que había invadido su propiedad donde se presentaba como propietaria, entre otros argumentos.

Llegados los autos a la Alzada, comenzó el análisis con el voto del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, quien empezó señalando que la queja constituía una disconformidad de la recurrente con la valoración de las pruebas que había realizado la jueza de grado siendo que de esa valoración no se advertía que surgiera algún procedimiento absurdo o arbitrario que mereciera reproche por parte de la Cámara, más bien se trataba de un disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia anterior donde como elemento central se había mencionado que solo se encontraba probada la situación descripta por la actora desde el año 2009 lo cual resultaba insuficiente para cumplir con los requisitos legales que permiten adquirir el dominio por prescripción. Seguidamente el juez indicó que la historia de la compra del inmueble, como lo llamó la recurrente, debía ser acreditado mediante pruebas conducentes, es decir que lo relatado y lo vivido por ella debía estar sustentado en pruebas producidas en el proceso. Asimismo, indicó que la buena fe en la compra del inmueble en este caso era irrelevante pues no había sido el argumento para rechazar la demanda. De igual modo consideró a la exposición policial y a la carta documento mencionadas, pues ambas eran del año 2009 y no permitían acreditar una posesión anterior a esa fecha. Por otro lado, el juez consideró que no era útil para este proceso que hubiera habido otros adquirentes que no habían logrado escriturar sus respectivos inmuebles, pues se trataba de lograr la comprobación de la posesión del bien objeto de autos y no cuestiones relativas a terceros.

Posteriormente, el magistrado se refirió a las características de la posesión, la cual dijo que se exterioriza a través de la realización de actos materiales sobre la cosa y que esos actos posesorios que llevan a la prescripción deben distinguirse cuidadosamente de los llamados actos de mera facultad o de simple tolerancia, los cuales a pesar de ser actos materiales sobre la cosa no conducen a su adquisición por prescripción aunque se reiteren durante largo tiempo porque en los actos de mera facultad está ausente el *animus* que es el presupuesto de este de la posesión para usucapir, es decir sin *animus* solo habrá tenencia y si alguien ejerce la tenencia de un inmueble por más años que transcurran jamás llegará a adquirir la propiedad del bien porque está reconociendo en otro la propiedad, distinto ello a la situación del poseedor, quien se comporta como si fuera el verdadero propietario, no reconociendo en otro el carácter de dueño, por lo cual esta última circunstancia es la posesión que debe acreditar quien pretende adquirir un inmueble por prescripción adquisitiva y además debe hacerlo a título de dueño, por el término de 20 años, conservando y reuniendo para sí durante ese tiempo el *corpus* y el *animus* posesorio.

Teniendo en cuenta lo expresado y coincidiendo con la sentenciante de grado indicó que la actora no había demostrado con elementos convincentes la realización de actos posesorios, ni la ejecución de ninguno de los enumerados en el art. 2384 del derogado Código Civil durante el término legal. Es decir, dijo, no se logró probar la antigüedad en la posesión en forma contundente, concluyente, exacta, precisa y clara, pues no es suficiente la mera ocupación, los actos posesorios que involucran el corpus deben ser de tal primordial naturaleza, continuidad e importancia que por sí mismos den la pauta de que solo un propietario o quien así se considera pueda hacerlos y deben estar dotados de cierta previsión o futuro y de alguna entidad económica, dado que la sola detentación material de la cosa no hace presumir el “*animus rem sibi habendi*” que caracteriza la posesión.

Por todo eso propuso rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. A continuación, emitió su voto el doctor Julián Emil Jalil, quien adhirió a la solución propuesta por el vocal preopinante.

Por tales motivos la Cámara de Apelación rechazó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia apelada, con costas.

VII. Caducidad de instancia. Proceso ordinario. Naturaleza laboral. Ámbito del recurso. Principio de congruencia. Ushuaia. Tierra del Fuego

Autos: “Miño, Rubén Alberto c. Logística Lech-Mar SA y otro s/ daños y perjuicios” (Expte. 10817/2919). Fecha: 17/6/21. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/1115432/2021

La Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones del Distrito Judicial Sur de la Provincia de Tierra del Fuego rechazó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia de la instancia anterior que había declarado la caducidad de instancia.

En la Alzada emitió el primer voto del Dr. Alejandro S. M. Fernández quien comenzó señalando que el juez de grado había declarado la caducidad de instancia por entender que desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el 28 de julio de 2020 había transcurrido el plazo de 6 meses de inactividad procesal previsto en el ordenamiento ritual.

Señaló luego el votante que la actora apeló dicha decisión y expresó que se había soslayado la improcedencia del instituto en cuestión en el juicio laboral, entendió que si bien al proceso se le había asignado el trámite ordinario, el reclamo iniciado tenía por objeto la percepción de una indemnización laboral producto de un accidente sufrido trabajando a las órdenes de la demandada y recalzó que la circunstancia de que se hubiera asignado el trámite de proceso ordinario no le quita el carácter y esencia laboral, en la cual la caducidad es de interpretación restrictiva y contraría el principio de irrenunciabilidad de los créditos laborales, entre otros argumentos. Corrido el pertinente traslado, el demandado, por su parte, postuló la confirmación del fallo.

Yendo al fondo de la cuestión, el juez, en primer lugar, indicó que en oportunidad de correrse el traslado del acuse de perención de instancia, la actora presentó su respuesta extemporáneamente, por lo cual en definitiva nada dijo respecto a la circunstancia que a su juicio

obstaría a la declaración de caducidad debido a la naturaleza del crédito; por ende, agregó, ello no fue objeto de decisión en el pronunciamiento apelado y en consecuencia se encuentra excluido del conocimiento de la Cámara. El magistrado adujo, asimismo, que dentro de las sistemática del ordenamiento procesal, las facultades del Tribunal de Alzada

requieren que la instancia de apelación verse sobre cuestiones propuestas al Tribunal de primera instancia, pues si el argumento se introduce por primera vez al expresar agravios, ello aparece como una reflexión tardía que no puede ser atendida en la instancia revisora dado que ello conllevaría a alterar los términos en que quedó trabada la contienda, con afecta-

ción del contradictorio y del principio de congruencia.

En segundo lugar, el votante expresó que del escrito postulatorio surgía de que el trabajador damnificado decidió accionar por la vía del derecho civil y que había recalado en esa ocasión que entendía aplicables la legislación de fondo y de forma correspondientes al derecho civil. Así fue como, siguiendo ese razonamiento, el juez de grado imprimió al proceso el trámite del juicio ordinario, lo cual fue consentido por la actora no obstante la naturaleza laboral que ahora invoca. El magistrado destacó luego jurisprudencia con relación a la doctrina de los actos propios según la cual nadie puede ponerse en contradicción con

sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, máxime cuando fue producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad. Por todo ello y otras consideraciones que efectuó propuso al acuerdo que el recurso sea rechazado, con costas.

Seguidamente, los Dres. Daniel A. Sacks y Aníbal G. Acosta votaron en idéntico sentido, por lo cual la Sala dictó sentencia rechazando el recurso de apelación deducido, con costas a la actora vencida.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3094/2021

Última instancia

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

Arbitrariedad en la ejecución de un convenio de alimentos

El hecho de haber tomado los sentenciantes en consideración el acuerdo alimentario desde un punto de vista, estrictamente, contractual (arts. 1061 al 1064, CCCN) y seguir, con estrictez, los lineamientos del proceso de ejecución de sentencia —prescindiendo de hechos reconocidos y de prueba esencial— pone de manifiesto un razonamiento sesgado y disvalioso que no da respuesta suficiente a los intereses familiares en disputa y descalifica el decisorio en crisis como un acto jurisdiccional válido.

ST Chubut, 22/12/2020, Y., L. X. c. T., D. N. s/ ejecución de convenio.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/72255/2020.

Superior Tribunal de Justicia de La Pampa

Medidas de seguridad de naturaleza penal

La decisión de incluir a la persona inimputable en instituciones dedicadas a personas con capacidades diferentes y a su tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico con el fin de favorecer su inclusión y control conductual, ha de reputarse dentro del régimen de las medidas de seguridad de naturaleza penal regidas fundamentalmente por el art. 34, inc. 1º, último párr., del CP y que por ello es la competencia penal el fuero especializado para el control jurisdiccional. La vigilancia de

cumplimiento de la medida dispuesta por el juez de control debe estar a cargo de la justicia de ejecución penal, ello aun cuando esta competencia no estuviera expresamente dispuesta en las normas procesales que regulan su competencia, ya que en vista de la naturaleza jurídica de la materia involucrada es el fuero penal el juez natural de la causa.

ST La Pampa, 13/01/2021, "Ministerio Público Fiscal c. Thurler, Andrés Leonardo s/ abuso sexual simple s/ competencia".

Cita online: TR LALEY AR/JUR/1439/2021.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro

Reducción de la sanción penal. Motivación de la sentencia

El Tribunal de Impugnación, al disminuir el monto de sanción de cuatro a tres años de prisión, debió explicitar los motivos que lo llevaron a considerar que esa pena no sería de cumplimiento condicional, pudiendo serlo. Para que la motivación de la sentencia puesta en crisis sea considerada racional y suficiente y, por consiguiente, válida, en modo alguno resultaba adecuada la remisión a lo argumentado en la instancia anterior.

ST Río Negro, 11/02/2021, Fiscalía Descartada de San Antonio Oeste c. B. R. y otro s/ homicidio simple.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/1328/2021.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1689/2021

THOMSON REUTERS
LA LEYTM

Información confiable que avala sus argumentos.

PROCESOS COLECTIVOS EN ACCIÓN

VISIÓN Y MISIÓN

Autores: **Álvaro Pérez Ragone • Gustavo Osna • Sérgio Cruz Arenhart • José Sahián**

2021

Esta obra contiene códigos QR con material adicional.

1 Tomo Disponible en papel y eBook.

Esta obra invita a la reflexión sobre la protección colectiva de los derechos, tanto en la Argentina como en otros países de habla hispana y en Brasil. Aborda temas como la necesidad de protección colectiva, derechos meta (trans)individuales, derechos homogéneos y amparo y *habeas corpus* como instrumentos de procesos colectivos, entre otros. Se trata de una obra sumamente oportuna ya que la cuestión de la protección colectiva de los derechos es una de las más importantes en el derecho procesal actual. Las características de la sociedad contemporánea, en la que los derechos pueden ser violados de forma masiva o a través de actos o conductas que causan daños a un gran número de personas, unidas a la imposibilidad de exigir la participación directa de los vulnerados ante el Poder Judicial para que los derechos sean protegidos y la responsabilidad pueda hacerse valer, ha exigido especialmente la reconfiguración de la cosa juzgada, que se vincula exclusivamente a la demanda y a las partes.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444** o ingresando en www.tienda.thomsonreuters.com.ar

Seguí nuestra página de **LinkedIn** con contenido específico para abogados.

THOMSON REUTERS[®]

ThomsonReutersLaLey @TRLaLey
ThomsonReutersLatam ThomsonReutersLatam