**Resumen Daños según plan del año 2011**

**RESUMEN DE DERECHO DE DAÑOS**

**UNIDAD 1:**

**Pizarro y Vallespinos – Págs. 447-467:** Por responsabilidad civil se entiende la obligación de resarcir todo el daño injustamente causado a otro. No hay responsabilidad civil sin daño, lo cual no necesariamente significa que deba provenir de un acto ilícito, ni mucho menos que sea requisito la culpa. La obligación de resarcir puede tener su origen en un hecho propio del responsable, por haber sido causado por personas por las que se deba responder o por las cosas de las que se es propietario, dueño o guardián. Es el carácter de injusto del daño el que determina que no sea la víctima, sino el responsable, quién deba soportarlo.

Evolución histórica:

- D romano: Si bien en principio, ante la producción del daño correspondía la venganza, con el tiempo se admitió la composición voluntaria, la cual consistía en una pena civil impuesta al ofensor y destinada al agraviado. A partir de la Ley de las XII Tablas, se impuso la composición legal o forzosa: era el Edo quien fijaba una suma de dinero para cada delito. Durante el período clásico se llegó a distinguir la pena que impone el poder público ante determinados hechos para castigar al culpable, del derecho de la víctima a reclamar el resarcimiento de los daños sufridos. No se detecta una sistematización general de la responsabilidad civil, siendo la reparación una consecuencia de la injusticia que importaba en sí mismo el hecho dañoso. La culpa extracontractual fue introducida a fines de la República, adquiriendo relevancia recién en épocas de Justiniano.

- Edad Media: Los jefes bárbaros dictaron distintas leyes inspiradas en el Derecho romano, sin existir en ellos un principio general en materia de reparación de daños. La idea de culpa comienza a hacerse sentir con la influencia del cristianismo, surgiendo por 1° vez en las Partidas de Alfonso X.

- Revolución Francesa: Se consagra un sistema de responsabilidad civil basado en la idea exclusiva y excluyente de culpa probada o presumida. Esto surge como consecuencia de proteger al individuo del poder omnipotente del Edo y del pensamiento racional e individualista (que obligaba al individuo a ser garante de sus actos). Se consideraba que siendo el individuo un ser racional, inteligente y dotado de voluntad, debía reparar solo los daños ocasionados por un obrar reprochable.

- Revolución Industrial: Con el maquinismo y la creación del automóvil entra en crisis el sistema clásico de responsabilidad civil, al configurar una exigencia injusta para la víctima la prueba de la culpa del dueño o guardián de la cosa. Además, comienzan a surgir ideas solidaristas, obsesionadas por la protección de los débiles, y a ese objetivo se orientan las legislaciones modernas. A principios del siglo XX se comienza a admitir la responsabilidad extracontractual, y el fenómeno de la culpa objetiva se proyecta también en materia contractual. Actualmente muchos autores señalan una “crisis” de la unicidad del fenómeno resarcitorio, como consecuencia de la proliferación de distintos estatutos especiales, destinados a regular la prevención y reparación de daños en supuestos específicos, bajo parámetros no siempre coincidentes con los generales. También comienza a realizarse un análisis económico de la responsabilidad civil. Distintos juristas comienzan a definir a la responsabilidad civil como un crédito de la víctima a una indemnización, dando paso de una responsabilidad individualista a una más socializada.

**Zavala de González – Resarcimiento de daños:** El Derecho de Daños no solamente es un derecho de la reparación, ante daños injustos producidos o previsibles, sino que también es un derecho de la preservación de intereses merecedores de tutela antes de su lesión. El deber de no dañar se complementa con un derecho a obrar aunque se cause perjuicio, siempre que el interés del agente sea superior al de la víctima, ya que conferir un valor absoluto al principio “naeminem laedere” paralizaría la convivencia. Es decir que todos los miembros de la sociedad son potenciales víctimas y potenciales dañadores. El Derecho de Daño incorpora a las normas directrices valorativas, al basarse la prevención y reparación en un problema valorativo: el daño injusto. Esclarecer la injusticia del daño requiere identificar los intereses merecedores de tutela, cuyo menoscabo real o inminente genera como reacción la responsabilidad; y en caso de conflicto entre intereses respetables corresponde decidir cuál es el prevaleciente. Actualmente, no es relevante el encuadramiento técnico del interés como derecho subjetivo: basta que sea digno y respetable, cualquiera sea su naturaleza. Valores y objetivos del Derecho de Daños:

* Personalismo: Su centro es el respeto a la persona humana y su dignidad.
* Solidaridad: Permite incorporar bienes, valores y daños colectivos, generando problemas de justicia distributiva,
* Integración: Si bien tradicionalmente el Derecho de Daños estaba alojado en el Derecho Civil, actualmente recibe principios de áreas diversas: por ej., el Derecho Constitucional o Procesal. Además, la responsabilidad ya no es únicamente “civil”: se habla de responsabilidad societaria, estatal, nuclear, etc.
* Simplificación: Se busca aplicar el sentido común: los magistrados buscan en 1° lugar la solución justa del caso y después analizan las técnicas para comprobar si éstas apoyan ese resultado. La simplificación elimina diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual.
* Equilibrio: Busca lograr una conciliación entre víctimas y responsables que permita la coexistencia, y cuando la armonización no es factible, la primacía se decide en base al principio de proporcionalidad entre mal menor y beneficio mayor.
* Eficiencia: Más allá de lo teórico interesan los resultados prácticos: certeza en la reparación y celeridad.

**Cooter y Ulen – “Derecho y economía”:** La economía ofrece una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento, permitiendo pronosticar como responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Es decir que permite considerar a las leyes como instrumentos para lograr importantes metas sociales, entre las que se encuentra la distribución.

**Objetivos y Funciones de los Sistemas de Responsabilidad Civil - Hugo A. Acciarri**

**1.- Explicaciones teleológicas, *dogmática* y ciencia jurídica:** Se distinguen dos tipos de explicaciones: una causal y otra teleológica. La 1° estudia cómo se originaron los hechos u objetos de los que se ocupa. La 2°, tiende a hacer inteligibles los hechos que intenta explicar por referencia a un objetivo. Las explicaciones causales implican leyes generales. Se discute, en cambio, si las explicaciones teleológicas pueden guardar relación con ese tipo de leyes y si es correcto sostener, cuando se trata de conductas humanas, que su explicación igualmente se puede apoyar en leyes generales. Las relaciones entre las explicaciones *teleológicas* y las *causales* no son sencillas. Para algunos, son diferenciables. Para otros, en cambio, las teleológicas son un caso especial de explicaciones causales.

Las explicaciones teleológicas son corrientes en la literatura del D de daños cuando se trata de analizar y describir las instituciones jurídicas. El abuso del derecho, en el D argentino, se define de acuerdo con “…*los fines que aquélla* (la ley) *tuvo en mira al reconocerlos* (esos Ds, de los cuales se abusa)…”. No siempre queda claro, qué se quiere afirmar por la *finalidad de la norma o institución jurídica.* Se puede observar esa idea de finalidad en muchos párrafos jurisprudenciales. En estos casos, los autores de esos textos no apoyan su razonamiento en una personificación metafísica de la ley o en la voluntad de los autores materiales sino que:

**a)** Identifican una cierta finalidad posible de la institución implicada.

**b)** Consideran que existen razones suficientemente plausibles para sostener que *esa debe ser considerada* la finalidad de la institución, con preferencia por sobre otras.

**c)** Eligen la interpretación que consideran consistente con esa finalidad.

**2.- La interpretación teleológica y la doctrina jurídica:** Se dice que los “dogmáticos”, los juristas que estudian una disciplina jurídica particular en los países romanistas, buscan siempre las *naturalezas jurídicas* de las instituciones. Sin embargo, cuando explican la ley lo hacen de un modo positivista: dan por sentado que sus exposiciones se apegan estrictamente al D vigente, que se puede describir de modo unívoco. Se dice que los juristas dogmáticos solucionan esa aparente contradicción entre jusnaturalismo y positivismo a través de la “cuasi-hipótesis”, de un legislador *racional, imperecedero, omnisciente, justo, coherente, comprensivo y preciso*. Esto los lleva a construir *teorías,* como generalización de normas particulares. Dada la racionalidad del legislador, las contradicciones sólo pueden ser aparentes y debidas a las imperfecciones de los legisladores “humanos” que redactaron las normas. Pero las *“verdaderas”* normas, son aquellas que, en consistencia con las igualmente *“verdaderas”* naturalezas jurídicas, se pueden deducir de sus teorías. Estos y otros procedimientos llevan a los juristas a imponer sus valores, pero de un modo subrepticio y solapado.

Quienes consideren que es útil estudiar el Derecho mediante procedimientos de explicación teleológicos, no pueden sustraerse al análisis de la consistencia entre los instrumentos y esos objetivos. Si se pretende que es posible *descubri*r un objetivo subyacente por su correspondencia con ciertas normas que le son instrumentales, ese procedimiento exige constatar que esas normas por las que empieza, son, efectivamente, *un medio idóneo para esa finalidad*, más allá de lo que sugiere la mera e inmediata intuición. Si en cambio, se *propone* una finalidad para ciertas instituciones, no porque se pretenda *descubrirla* de modo objetivo, sino porque se sostiene e intenta demostrar que es preferible a otras, luego de ese primer debate tendiente a la justificación de los objetivos, queda por investigar qué instrumentos son los adecuados para alcanzar esas metas. Más allá de toda definición sobre los objetivos a perseguir, parece útil, al momento de aplicar y juzgar el valor de un sistema jurídico, conocer acerca de las consecuencias sociales de sus normas. Todas estas ideas guardan una relación estrecha con el concepto de *función*. Su discusión ocupará los próximos párrafos.

**3.- El concepto de "función". Funciones, relaciones y fines:** En Matemática y en las disciplinas que se sirven de ella, se denomina *función* a un tipo especial de relación entre dos variables que se da cuando a cada valor de la 1° se asocia únicamente un valor de la 2°. En el lenguaje natural, en cambio-, no existe una precisión equivalente.

* Se habla de *funciones* de las personas o cosas cuando su actividad o su mera presencia, guardan relación (o deben guardarla) con ciertos efectos esperados. Así, se podría decir que la función de un cartero es llevar correspondencia y que la función de una viga es sostener un techo. En este sentido, pareciera haber alguna analogía, aún lejana, con la noción matemática expuesta en primer término. En ambos casos habría una cierta correspondencia (entre dos valores, en lo matemático y entre una actividad o atributo y un resultado de hecho, en el lenguaje natural).
* Sin embargo, otras relaciones verificables, no suelen ser calificadas de "función". Por ejemplo, es difícil que alguien afirme que *"la función de los conductores es atropellar a algunos peatones"*.
* Hay algo distinto en esas dos clases de correlaciones. Y no se trata un problema de frecuencia, ni de grados de correspondencia.
* Muchas veces se emplea el término *función* como *objetivo* o *finalidad*. Pero no para designar *cualquier* objetivo o finalidad. Una persona puede tener como meta suprema de su vida ser feliz, pero no es frecuente que afirme *"mi función en la vida es ser feliz"*, salvo que crea que *debe* ser feliz *para cumplir con un plan superior a él mismo*. Con ese entendimiento, hablar de función, implica también reconocer la subordinación del objetivo inmediato, a un orden. En este punto se advierte que el concepto de *función* parece guardar relación, también, (a veces) con el concepto de *deber*: alguien tiene una función, cuando ciertos resultados son aquello que *debe* hacer o conseguir.

La noción de función no siempre implica una relación entre la presencia de un factor y ciertas consecuencias que *se dan efectivamente*, sino entre esos antecedentes y las consecuencias *que deben producirse*, que se espera que se den. Este no es siempre un deber en el sentido de los impuestos por normas, sino un deber en sentido técnico: cuando se hace referencia a fuerzas u objetos naturales, evidentemente no hay una dimensión normativa, jurídica o moral implicada. Klimovsky e Hidalgo distinguen 5 acepciones de “función”:

1) El propio de la matemática.

2) Aquella que denota lo que realiza un órgano o institución (*“la función del hígado es digerir las grasas”*).

3) La que alude a la importancia que revisten ciertos órganos o instituciones en el mantenimiento de una estructura (*“la respiración cumple una función vital”*).

4) La que identifica “función” con “uso” (*“la función del martillo es golpear”*).

5) Aquella que relaciona la “función” de algo, con la forma de operar de un todo (*“la función de la temperatura corporal es mantener el cuerpo en estado adecuado de actividad”*).

Las cuatro últimas guarda entre si una relación muy fuerte, como para tratarlas como matices de la misma.

En la quinta, según reconocen explícitamente los autores citados, está implicada la idea de *homeostasis*: se parte de una estructura y se piensa en los mecanismos que son necesarios para su preservación. Muchas veces el concepto de función se emplea, en el lenguaje corriente, en contextos que suponen un sistema o estructura que se dirige a ciertos objetivos. Luego, suponen también que los elementos de ese sistema o estructura deben mantener ciertas relaciones consistentes con ese objetivo superior. Así, los carteros cumplen con su trabajo, una directa con un fin instrumental que contribuye a su vez a ese fin último de la sociedad.

Esto permite distinguir dos grandes grupos de significados del término “función”.

**a)** Relación entre las variaciones de un elemento y los cambios de otro.

**b)** Distingue “funciones” de “disfunciones” en cuanto las 1° favorecen esos objetivos. Aquí se incluye la equiparación de “función” a “propósito, meta u objetivo”, entendido como objetivo intermedio, parcial o *instrumental* con relación a otro que se entiende superior.

Para hablar de *funciones sociales del Derecho de Daños* se recurre a la que integra el primer grupo: relación entre tal sub-sistema jurídico y ciertos efectos empíricos, que se dan en la sociedad. El calificativo de “sociales” intenta dar cuenta de que no se trata de derivaciones. La noción de *función* así definida, se identifica más con *“relación”* que con *“fin”* u *“objetivo”*. A través de su empleo intento referirme, simplemente, a la relación entre las posibles variaciones de un sistema de Derecho de daños, y ciertos acontecimientos que ocurren en la sociedad, el modo en que el primero influye sobre los últimos.

Esto no quiere decir que las distintas funciones (por ej., *prevención*) no puedan ser consideradas *fines u objetivos del Derecho de Daños*, por quien quiera pensarlo así. Cuando se habla de funciones del D, en este último sentido (objetivos), parece haber dos grandes posiciones metodológicas al respecto:

**a)** Una, atendería a las cuestiones sobre lo que *“debe ser”* o *“debe hacer”* el Derecho.

**b)** Otra, se referiría a lo que *“es”* o *“hace”* el Derecho.

Es muy frecuente que los dogmáticos sostengan que las instituciones jurídicas *“tienen”* ciertos fines, dando cuenta *de hechos*, lo cual es poco riguroso, más aún cuando se refieren a ciertas "ramas" del Derecho, que no tuvieron creación unitaria, ni instantánea, ni autoría material identificable. Al hacerlo, parece darse una personificación metafísica del sistema. En cambio, quienes abogan por una *interpretación teleológica* de una norma o institución se refieren a objetivos que ***debería*** procurar el D. Una definición como la propuesta de “función”, no se contradice con este modo teleológico. Sin embargo, este modo *no se pronuncia sobre la preferibilidad de un objetivo o finalidad (posibles) por sobre otros*. Siempre que se entienda que esos objetivos a perseguir son *efectos sociales*, el “*análisis funcional del derecho”* es útil para juzgar las posibilidades de consecución o aproximación a los mismos. No se trata de *descubrir* objetivos que el Derecho cumpla ni de *proponer* los que deba cumplir, sino de *estudiar las derivaciones sociales que se pueden esperar de ciertas normas*, más allá de la intención del intérprete y del legislador.

**4.- Las funciones del Derecho de daños:** Las grandes ramas del Derecho - no surgen de un acto de creación instantáneo, sino que es un agregado de creaciones pequeñas y sucesivas. El siglo XVII fue paradigmático de un modo de sistematizar el material jurídico y la obra de Domat el punto más alto, al trabajar sobre el Corpus Justineaneo, junto con las glosas y las costumbres de las regiones francesas. Respecto a la responsabilidad civil, algunos otorgan a Domat el mérito de haber construido una primera teoría general de la responsabilidad, que inspiró a los redactores del Código Napoleón. La propia palabra *"responsabilité" -* como sustantivo- surge, en el idioma francés, sólo pocos años antes de la Revolución. Cuando se produce la separación entre el campo criminal y el civil, y entre lo público y lo privado, el eje de distinción apuntó a identificar lo público con lo criminal, y atribuirle *objetivos represivos* y lo privado con lo civil, orientado hacia la *reparación*. Se suponía que el legislador decidió que una cierta conducta, dados ciertos presupuestos y circunstancias, debía ser considerada delito o cuasidelito, y atribuyó a esa conducta ciertas derivaciones: una pena para el autor, y una reparación para la víctima. Así, la teoría de la responsabilidad civil pasa a definirse en torno de una finalidad especial (la reparatoria).

Durante el S XX al lado de la reparación se comienza a hablar de *nuevas funciones* (*objetivos*) de la responsabilidad civil: prevención, minimización de costos sociales, demarcación de las fronteras de la libertad, redistribución de la riqueza la sociedad, etc. A esto se adiciona el surgimiento de la denominación “Derecho de Daños”, como nombre de una rama jurídica diferenciable, sin que haya consenso sobre su contenido.

Funciones del D de Daños (Pizarro y Vallespinos):

a) Preventiva: Tiene un contenido disuasivo, existiendo dos formas de prevención: general (amenaza efectiva de una consecuencia legal frente a una actividad determinada) y específica (imposición a determinados sujetos de deberes específicos para controlar y aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada). La 1° se realiza por medio de la disuasión, y allí juega un rol preponderante la acción psicológica de intimidación.

b) Resarcitoria: Busca reparar el daño causado, distribuyendo en consecuencia el daño, de modo que sea una persona distinta de la víctima quién soporte sus consecuencias.

c) Punitiva: Busca el desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito. Se aplican cuando quién daña a otro, lo hace deliberadamente para obtener un rédito de esa actividad (ingreso de bienes a su patrimonio o ahorro de gastos necesarios para evitar el menoscabo).

Principios de la responsabilidad por daños:

1. “Nerminem ladere”: El daño causado a otro se presume antijurídico, salvo que medie causa de justificación.
2. Necesidad del factor de atribución, subjetivo u objetivo.
3. Principio de reserva: “No hay deber ni transgresión sin norma que lo imponga”.
4. Principio de prevención: Todos deben adoptar, en cuanto a cada uno dependa, las medidas necesarias para evitar un daño no justificado o disminuir su magnitud o gravedad.
5. Principio de la reparación plena o integral.

**5.- Objetivos y funciones. Una recapitulación:**

1) Se procura distinguir de todos los posibles usos del término “función”, uno que servirá a los fines de este estudio. Este concepto simplemente hace referencia a *las relaciones que se establecen entre las variaciones de dos entidades*, en este caso las distintas variantes que pueda asumir el Derecho de daños y ciertas consecuencias sociales. Queda fuera de este concepto de función cualquier idea que tienda a la defensa del orden social vigente, o las que se relacionen con el *Funcionalismo Sociológico*. Tampoco equivale a “fines” u “objetivos” del sistema jurídico.

2) Esta última idea de *“función como objetivo”* requiere el auxilio de la noción de *“función como relación”*. Si se piensa que puede descubrirse el objetivo de la institución a partir de ciertos dispositivos jurídicos, al menos se debería estudiar si esos dispositivos guardan, efectivamente, una relación positiva con el objetivo que se pretende descubrir.. Si en cambio se postula que es valioso perseguir o proponer un cierto objetivo, sin pretender “descubrir” un propósito esencial del sistema, esa visión requeriría el auxilio de los instrumentos idóneos para alcanzar tales fines.

3) Cuando surge la responsabilidad civil como institución jurídica diferenciable existió consenso en que se la debía entender como un subsistema jurídico con un fin único: el *resarcimiento* de los daños. Pero actualmente se adicionan otras finalidades deseables como la prevención, la sanción, la demarcación de los límites de la libertad, la justicia distributiva, la justicia correctiva, o la minimización de los costos sociales de los daños. La discusión sobre los *verdaderos* propósitos, objetivos o finalidades de la responsabilidad civil, es una empresa estéril. El debate debe centrarse en dos aspectos. Uno, es la discusión sobre la *preferibilidad* de esos objetivos: decidir cuales *deben ser* las metas que deba perseguir el sistema jurídico de responsabilidad por daños. Otro, la adecuación del sistema al logro de dichos objetivos. En las controversias sobre el 1° campo suelen importar cuestiones profundamente relacionadas con las concepciones de justicia. Las disputas concernientes al 2°, versan sobre relaciones de índole técnica. Las metas que se proponen, a pueden ser manifestaciones empíricas que puedan observarse en el medio social. Si se postulan metas de esa clase, entonces, no es suficiente el mero análisis de normas para estudiar la adecuación del subsistema jurídico.

4) El *análisis funcional del Derecho*, se integra a esa perspectiva de estudio. Si se asume que distintos diseños de las instituciones jurídicas o de sus elementos integrativos pueden correlacionarse de diferente modo con cierta clase de hechos sociales y que estos últimos, dependen (en cualquier medida) de cómo se estructuren las primeras, entonces, parece valioso estudiar la relación entre ambos campos.

**El Análisis Económico del Derecho de Daños. Una aproximación general**

*I.1.- Preliminar:* El AED se ha planteado en general como un método de estudio que *intenta ser operativo o influyente sobre la materia analizada*. Ello determina que desde el campo jurídico suela vérselo con desconfianza, con base en lo que algunos perciben como una subordinación del Derecho a la Economía.

*I.2.- El Juez Hand y la definición económica de la culpa:* “*United States v. Carrol Towing”* fue un hito en la jurisprudencia norteamericana, que emplea un razonamiento básico del pensamiento económico como fundamento de su decisión. El caso se inició con motivo de la pérdida de una barcaza y su carga en el puerto de Nueva York. Un conjunto de buques estaba amarrado —mediante una única línea de cuerdas— a los muelles de ese puerto cuando la empresa propietaria de uno de ellos contrató a la demandada (una empresa de remolque marítimo) a fin de moverlo fuera del área de los muelles. Como el buque se encontraba sin tripulación a bordo, por lo cual los dependientes de la empresa de remolque procedieron, a reajustar la línea de cuerdas de modo inadecuado y una de las barcazas, chocó contra otro buque, y se hundió con su carga. El magistrado entendió que no había ninguna norma especial que determinara si era o no obligatorio que hubiera un agente de la empresa actora en su barcaza en esas condiciones y que:

“…*la obligación del propietario de adoptar medidas contra los daños resultantes es una función de tres variables: (1) la probabilidad de que la barcaza se suelte de su amarre; (2) la gravedad del daño resultante, si ello ocurre; (3) el costo de adoptar las precauciones adecuadas. Posiblemente sea conveniente expresar esta noción en términos algebraicos: si denominamos P a la probabilidad; L al daño; y B al costo de adoptar las medidas de precaución; la responsabilidad depende de que B sea menor que L multiplicada por P, esto es si B < PL (esa acción será culpable)…*”

Cuando se intenta comprender qué es y cuándo se verifica *culpa*, la educación jurídica tradicional transcurre por largas explicaciones sobre estándares (“…*omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar…*”) y comparaciones contra ciertos modelos ideales de conducta que, sin embargo, suelen parecer inseguros al momento de juzgar situaciones concretas alejadas de los extremos. Esta solución, que se expresa como *"hay culpa cuando lo invertido en prevención es menor a los daños esperados"*, o *"hay culpa si B<PL"*, parece un modo muy diferente de valorar las conductas implicadas.

*I.3.- Pigou y las externalidades:* Un par de décadas antes de la sentencia de Hand, en el marco de la llamada *Economía del Bienestar*, Pigou pone su atención en un cierto tipo de fenómenos que guardan una fuerte relación con los hechos dañosos que tradicionalmente ocupan al Derecho. En concreto, observa que si las acciones que emprende un sujeto proyectan beneficios o perjuicios contra 3°, el precio de los bienes que se produzcan en esas condiciones no reflejará su escasez relativa.

La Economía de su época sostenía que, dadas ciertas condiciones, los mercados conducen a una asignación eficiente en sentido de Pareto (“no se puede *mejorar* a uno de los sujetos implicados sin *perjudicar* a otro” / *mejora* paretiana: una variación que mejora al menos a un sujeto, sin perjudicar a ningún otro). Pigou introduce la idea de que, cuando se dan este tipo de efectos externos, ello puede no ocurrir. Esta noción se incorporó a la teoría económica con el nombre de *externalidades* y constituye una nueva condición obstativa a que los mercados alcancen la optimalidad paretiana.

El trabajo de Pigou tiene en mira, específicamente, los problemas de contaminación ambiental y no persigue finalidades de justicia retributiva o conmutativa, sino que apunta la optimalidad en la asignación de los recursos. Por ello, su propuesta hace énfasis no en las víctimas sino en la distorsión de costos que esos efectos externos introducen en el mercado. Por ejemplo, si una fábrica contamina el aire y con ello perjudica a otros sujetos, la empresa emplea un recurso que no adquirió a través del mercado —el aire puro, un insumo por el cual no pagó. Pigou propone como solución concebir impuestos (“pigouvianos”), para cargar en el contaminador el precio del recurso por el que de otro modo no pagaría.

*I.4.- Coase y la reciprocidad:* En 1960 Coase publica “El Problema del Costo Social”.

Considera que cuando se dan *externalidades (negativas)*, el problema implicado es de naturaleza recíproca. Si la actividad de A (*dañador*, en sentido jurídico) causa un daño a B (*víctima*), prohibir esa actividad de A para evitar el daño a B, implica causar un perjuicio a A. Coase no da por sentado que sea preferible prohibir o cargar con impuestos a A, sino que lo que realmente debe resolverse es *si debe permitirse a A perjudicar a B o debe permitirse a B “perjudicar” a A*. El criterio que debe guiar esta decisión, es el de evitar el *daño (costo) más grave* o en un sentido más amplio *minimizar el daño (costo) conjunto*. Se busca que continúe realizándose aquella actividad que resulte más valiosa, a expensas de su rival.

Además, analiza cómo inciden en ese objetivo los sistemas de responsabilidad. Distingue dos situaciones: una en la que no existen *costos de transacción* y otra en la que sí. Estos son *los costos de descubrir con quien negociar, de informar que uno desea negociar, de conducir las negociaciones hasta arribar a un convenio, de redactar el contrato, de inspeccionar oportunamente que se están respetando los términos del contrato, etc*. En un mundo *sin costos de transacción*, la asignación inicial de los derechos sobre los bienes no incidirá en el empleo final de los mismos: los bienes se destinarán a sus empleos más valiosos (caso del panadero y el médico). En un mundo con costos de transacción positivos, en cambio, *lo que disponga el sistema de responsabilidad sí será relevante con relación al empleo final de los recursos implicados*.

*I.5.- Calabresi y el costo de los accidentes:* Durante 1950 y 1960 en EEUU se había producido una ebullición notable de ideas sobre los accidentes de automotores y aparecieron varias propuestas para lidiar con eso. En ese marco, Calabresi, intenta dar base teórica a las propuestas empíricas que se encontraban en discusión.

Sostiene que no es verdad que la sociedad quiera evitar los accidentes a cualquier costo. Tampoco, sin embargo, que exista una ley económica inexorable que decida el modo "correcto" de asignar el costo de las pérdidas. Niega también que, cuando los autores y tribunales hablan de *distribución de riesgo*, tengan un objetivo específico en mente. Y por último, que sea axiomático que los costos de un hecho dañoso deban ser asignados a la víctima o al causante del daño.

Estudia el sistema de daños en la circulación de automotores teniendo en mente dos objetivos principales: la Justicia y la reducción de costos sociales. Calabresi entiende que la Justicia es un concepto elusivo y frecuentemente negativo: es más fácil saber qué cosas consideramos *injustas* de un sistema, que determinar si un sistema es *justo*. En consecuencia, pese al valor prioritario que asigna a la Justicia, opta por postergar su tratamiento y estudiar el 2° objetivo. El objetivo general de reducir costos sociales puede subdividirse en:

* *Reducción primaria:* disminución del número y/o severidad de los accidentes. Esto puede lograrse ya sea, prohibiendo determinados actos o actividades, o haciendo más onerosas dichas actividades.
* R*educción secundaria de costos: es,*  por ej., los costos sociales que se derivan de la imposibilidad de recuperación óptima de las víctimas, en caso de que no reciban una compensación oportuna. Los dos modos básicos que estudia para lidiar con este efecto son la distribución de costos (*“loss spreading”*) y la traslación de los mismos a una parte que pueda, efectivamente, pagarlos (*“deep pocket”*). Las razones de estos dos modos de distribución de costos son: a) *Tomar una gran suma de una persona es más probable que dé por resultado una distorsión económica importante, que tomar pequeñas sumas de muchos.* b) *Aún si la distorsión fuera la misma, es probable que el sufrimiento (acumulado) sea menor cuando se toman sumas de dinero de una persona más rica.* Según Calabresi es preferible una distribución menor, cuando una parte sustancial de las pérdidas se imponen a categorías de personas de mayor riqueza.
* R*educción terciaria:* minimizar los costos de funcionamiento de los sistemas administrativos y judiciales de la materia.

La *reducción primaria*, por ejemplo, parece preferible cuando están implicados daños personales. En estos casos, es previsible que la indemnización no deje a la víctima en el estado precedente al hecho dañoso, por lo cual la alternativa está entre elegir que el daño se produzca y se compense, por un lado, y que no se produzca, por otro. Además, podría intentarse a través del Derecho de Daños curar *otros* males de nuestra sociedad. A veces, por ejemplo, se intenta promover alguna actividad descargándole responsabilidades, como se hizo, en muchos países con las compañías aéreas.

*I.6.- Posner y Shavell. Los modelos canónicos:* La novedad de estos autoreses el tratamiento matemático detallado del campo en cuestión. Un modelo, en términos muy generales, no es más que un esquema analítico deliberadamente simplificado. Del mismo modo que en Coase y Calabresi, subyace en estos tratamientos la idea de que los daños que se producen en una sociedad no abarcan sólo un problema distributivo privado, sino que también inciden en la riqueza total de la comunidad. Aunque luego de acontecido el suceso dañoso, la pérdida social sea irreparable, situándonos *ex ante* a su producción, se puede inferir que no será igual la conducta del dañador —*potencial*—, si prevé que va a responder por ese hecho, que si, por el contrario, no espera sufrir consecuencias desagradables por sus acciones u omisiones. La conducta del probable dañador se aprecia, aquí, en relación con su propio interés.

Esto permite concluir que las reglas de responsabilidad son *incentivos* para que las personas hagan o dejen de hacer ciertas cosas. Si alguien puede prever que realizando un acto o actividad recibirá consecuencias más disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Los sistemas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables. Un sistema de responsabilidad que tienda a la eficiencia, debería alinear los incentivos para que el accionar de los individuos, guiado exclusivamente por su propio interés conduzca, a su vez, a la mejor situación social posible. El costo social será la suma de los costos privados.

El análisis distingue dos agentes: *dañadores* y *víctimas*. El costo social se compone, en principio, de tres elementos: la pérdida causada por el hecho o el impacto del daño una vez acaecido, el costo de prevención y el costo de administrar el sistema de responsabilidad civil. En el esquema de Shavell hace referencia a *daños unilaterales* en los casos en los cuales sólo el dañador puede influir en la probabilidad de que ocurra el hecho dañoso y en el monto de las pérdidas que genere, mientras que si ambos agentes pueden influir en la probabilidad y/o severidad del daño, se hace referencia a *daños bilaterales.*

Supongamos que un aumento en el nivel de precaución reduce la probabilidad de que se produzca el hecho dañoso o su magnitud y que ese incremento de precaución aumenta, también, el costo de prevenir.

* Si el potencial dañador no adopta ninguna precaución, la víctima sufrirá un daño de 9.
* Si adopta ciertas medidas de prevención, a un costo de 5, generará un daño de 2.
* Si adoptan otras medidas —con un costo de 10— producirá un daño a la víctima de sólo 1.

Cuando se habla de *costo de las pérdidas* suele hacerse referencia a su *valor esperado*, entendido como una conjugación de probabilidad y magnitud. Por ejemplo, una magnitud de 200 que puede suceder con una probabilidad del 10%, tiene un valor esperado de 20.

Si el propósito que se persigue es —solo— minimizar los costos sociales, el nivel de precaución óptimo en este caso será de 5. Más prevención, reducirá el costo de los daños, pero también insumirá más recursos. En definitiva, un sistema que persiguiera minimizar costos sociales debería generar los incentivos adecuados para que el potencial dañador adopte esas medidas que cuestan 5. No menos, pero tampoco más.

En este estado básico del análisis se pueden considerar tres tipos de sistemas jurídicos para evaluar cuál de ellos satisface mejor ese objetivo.

* *Ausencia de responsabilidad:* Si el dañador no debiera afrontar ningún tipo de responsabilidad por sus acciones, el nivel de precaución sería de 0, lo que elevaría el costo social a 9, lejano al óptimo.
* *Responsabilidad objetiva:* El dañador responde por todos los perjuicios que cause, cualquiera sea su diligencia. La causación de los daños, en este tipo de casos, depende *únicamente de la prevención*, *y prevenir menos, generará mayores indemnizaciones*. Luego, el dañador potencial, en el ejemplo, preferirá asumir el menor nivel de costos *totales* (costos de prevención + indemnización). Si el valor de la indemnización coincide con los perjuicios, el costo a cargo del dañador coincidirá con el costo social, y por lo tanto, ese sujeto decidirá adoptar el nivel de prevención que implique un costo de 5. Lo hará si persigue su propio interés, y con objetivos “egoístas”.
* *Responsabilidad subjetiva:* Existe un umbral mínimo de precauciones debidas, de modo que el individuo que las cumpla no será culpable, sin que importe cuanta diligencia asuma en exceso por sobre ese mínimo. La ausencia de culpa determinará la correlativa carencia de responsabilidad.

Estas ideas en torno de la culpa pueden correlacionarse con *niveles de costos*, sacrificios o molestias que tienden a disminuir la probabilidad y/o la magnitud de un daño. Este pasaje de *acciones tendientes a prevenir* a *asunción de costos*, requiere que se trata de *“dinero bien empleado”.* El sujeto que se comporta temerariamente, aunque gaste más por hacerlo *asume menos costos* de prevención con relación a aquellos que soportaría de cumplir la conducta debida, dado que aquello que se hace *en más*, tiende a satisfacer sus deseos privados, pero no importa un sacrificio a su bienestar.

Los costos de prevención deben corresponderse con ese *mínimo exigible*. Superar ese mínimo será irrelevante. Invertir menos, importará la existencia de culpa. Para la determinación de ese mínimo exigible, los analistas suponen que el mismo coincide con el óptimo social. La identidad entre el inflexión entre *culpa* y *ausencia de culpa* y el óptimo social podría darse sea por mera casualidad, por la decisión de un legislador o de un juez, o porque el grado de diligencia que se considere exigible en la sociedad coincida con ese óptimo.

En esas condiciones, en consecuencia, el potencial dañador puede adoptar una de tres posibilidades.

* Si decide no invertir en prevención, deberá responder por 9, que será el costo total a afrontar.
* Si decide, invertir 5, habrá alcanzado el nivel de diligencia exigido, y por lo tanto no responderá por ningún daño que pueda causar, dada su falta de la culpa, que constituye una de las condiciones necesarias para el nacimiento de la responsabilidad en este sistema.
* Si invierte 10, tampoco será responsable, pero habrá afrontado un costo superior al mínimo posible.

El dañador se verá inclinado a adoptar un nivel de inversión en precaución de 5. Este coincide con el óptimo, y por lo tanto el sistema llevará a un resultado eficiente. Puede concluirse que:

* En *ausencia de responsabilidad* los dañadores no tomarán precaución. El sistema será ineficiente.
* En *sistemas de responsabilidad objetiva*, elegirán el nivel de precaución socialmente óptimo, por lo cual el sistema será eficiente.
* En *sistemas de responsabilidad subjetiva*, también elegirán el nivel de precaución óptimo que es lo mismo que decir que el sistema conduce a resultados eficientes.

Alguien podría cuestionar, por ejemplo, que el 1° caso (ausencia de responsabilidad) también llevaría a un resultado eficiente: la víctima pagaría al dañador algo más de 5, para que el dañador invierta 5 en prevención y le quede a su favor alguna cantidad, que siempre sería una mejora para ese dañador. La víctima también mejoraría, ya que la alternativa habría sido sufrir un daño, sin compensación. Sin embargo, en la realidad las víctimas no pueden identificar y negociar indeterminadamente con futuros dañadores.

La identidad de resultados entre los sistemas de responsabilidad objetiva y subjetiva es *asignativa*, no *distributiva:* en el 1° el dañador soportará íntegramente ese costo total, mientras que, en el 2°, sólo cargará con 5 y la víctima con 2. Los sistemas, también, difieren en los costos administrativos de su implementación.

Sin embargo, corresponde señalar que al refinar el análisis, la eficiencia de ambos grupos de sistemas de responsabilidad (objetivo y subjetivo) se debilitan, hasta invertirse. Basta incluir en el modelo la influencia de la víctima sobre el daño y distinguir el nivel de actividad como variable autónoma (a la vez), para que las conclusiones pasen a ser aparentemente pesimistas en todos los casos: en estas condiciones *ninguno* de ambos sistemas usuales será eficiente. Otras instituciones, como el seguro de responsabilidad civil, inciden de modo determinante en los efectos predecibles de los sistemas. El análisis de esas instituciones, conduce a conclusiones pesimistas en cuanto a la consistencia de los sistemas que las incluyen y la eficiencia.

**UNIDAD 2:**

**Pizarro y Vallespinos – Función preventiva del Derecho de Daños:** Pueden distinguirse varias formas de prevención. En 1° lugar, una general, que opera de manera indirecta, por disuasión, y se plasma en la amenaza efectiva de una consecuencia legal frente a la producción determinada de un daño. La otra, más específica, opera en un contexto más limitado de actividades riesgosas o peligrosas: la prevención se realiza mediante la imposición, a ciertos sujetos, de deberes especiales, para controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad o de mecanismos tendientes a impedir la consumación del daño o detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.

Es importante tener en cuenta que una tutela excesiva puede avanzar sobre otros D del potencial dañador, como la libertad o el trabajo. Además, es necesario que la amenaza de causación del daño provenga de una actividad potencialmente antijurídica, que exista relación entre el hecho potencialmente generador del daño y el perjuicio y que la amenaza se proyecte sobre un interés no ilegítimo. Es importante que la acción dañosa no esté consumada y que no haya obstáculos normativos que impidan la medida preventiva.

Tutela sustancial inhibitoria:

1. Art. 43 CN: Acción de amparo expedita y rápida, siempre que no exista otra vía judicial más idónea, contra los actos de las autoridades o particulares que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y en forma actual e inminente lesionen, restrinjan o amenacen derechos y garantías reconocidas por la CN, los tratados y las leyes.
2. Art. 1071: Ejercicio abusivo del Derecho.
3. Art. 1071 bis: Tutela jurídica de la intimidad: obliga a cesar en las actividades que la vulneren.
4. Art. 2499: Regula la turbación de la posesión por una obra nueva en inmuebles que no fuesen del poseedor, permitiéndole a éste a solicitar que se suspenda provisionalmente la obra.
5. Art. 2788: Permite a quien ejerza la acción reivindicatoria impedir que durante el juicio el poseedor deteriore la cosa.
6. Art. 2618: En caso de molestias por humo, olores, ruido, etc. Autoriza a solicitar su cese.
7. Art. 3157 y 3158: Reconocen el D al acreedor hipotecario a impedir los actos del deudor que disminuyan el valor del inmueble hipotecado.
8. Ley de Soc. Comerciales: Suspensión de los efectos de una asamblea cuya nulidad se pretende.
9. Ley de Propiedad Intelectual: Suspensión preventiva de espectáculos.
10. Ley de Propiedad Horizontal: Prohíbe a los propietarios u ocupantes a asignar a las unidades un destino indebido o realizar actividades que perturben la tranquilidad y seguridad,
11. Ley de Nombre: Permite pedir el cese del uso indebido que otro haga del nombre.
12. Ley 22262: Medidas de no innovar en caso de competencia desleal.
13. Ley de Defensa del consumidor.
14. Ley antidistriminatoria.

Tutela procesal inhibitoria: En primer lugar, las medidas procesales de innovar e innovativas son fundamentales para asegurar el resultado de la pretensión deducida judicialmente. Por su parte, las medidas autosatifactivas permiten agotar en sí mismas el procedimiento. En ambos casos son requisitos para su procedencia: 1) daño actual o inminente; 2) peligro en la demora; 3) contracautela.

**La Prevención: Specific deterrence y General deterrence**

*III.1.- La prevención y el Derecho de Daños:* Además de la tradicional responsabilidad indemnizatoria, el proceso civil ha servido como instrumento de ciertas medidas de prevención. La distinción entre *specific deterrence* y *general deterrence,* que a veces se traducen por *“prevención específica” o “especial” y “general” o “genérica”,* fue popularizada por Calabresi.

En la *general deterrence*, el potencial dañador se enfrenta a *una decisión entre el beneficio que le proporcionará realizar una actividad de acuerdo a ciertas bases y el costo que le infringirá asumir la indemnización de un daño, en el caso de producirse*. Luego, en ese escenario, decidirá *por sí* mismo, si emprender esa actividad o no hacerlo y qué precauciones adoptar, en su caso. En la *specific deterrence*, habrá una decisión estatal que impida la realización de ciertas actividades sustrayendo al dañador la decisión acerca de si realizarlas o no. Esas medidas pueden ser el resultado de un proceso civil (por vía de medidas autosatisfactivas, o cautelares, o en su caso, medidas de cesación sustanciales) o decisiones penales.

*III.2.- La prevención especial en el campo penal y la specific deterrence:* Los términos *prevención general* y *especial* se emplean también en el Derecho Penal y en la Criminología. La idea de *“prevención general”,* de ese campo, coincide con la caracterización de *“general deterrence”*, aunque suele estar expresada como *justificación* de la imposición de la pena y no como una *correlación entre cierto aspecto del sistema jurídico y ciertas consecuencias en el mundo.* La “justificación”, no es necesaria para caracterizar este efecto de prevención. Dicho efecto es independiente de la voluntad de los legisladores y de los juristas.

La “función”, no se relaciona con los *propósitos* del derecho, “del legislador” o de los legisladores reales. Muchas veces queremos que ocurran ciertas cosas y actuamos *para que* se den, pero nuestra conducta promueve que sucedan otras o que no suceda nada. Emplear esta idea de función para el análisis, precisamente, deja a un lado las intenciones de quienes lo diseñan o ponen en vigencia y sólo toma en cuenta la configuración del sistema y estudia las correlaciones entre ese sistema y ciertas consecuencias sociales.

En el Derecho Penal suele hablarse de *“prevención especial”* con un sentido diferente de la *“specific deterrence”*: se la invoca con relación a las medidas que tienen como efecto (deseado o verificado) prevenir *nuevos hechos* del mismo autor. Pese a eso existen algunas proximidades conceptuales que pueden dar lugar a problemas de distinción. Por ejemplo, mientras el efecto de la pena privativa de libertad es una p*revención especial* de los penalistas y también *specific deterrence*, el pago de una indemnización no es *specific deterrence* porque *podrá el dañador nuevamente decidir por sí* si realizar una actividad con altas probabilidades de causar daños o no hacerlo, y sólo se enfrentará a la *general deterrence*.

*III.3.- La specific deterrence, el proceso civil y el Derecho de Daños:* Tradicionalmente, las medidas generadoras de *specific deterrence* se relegaban, en la órbita romanista, casi con exclusividad al derecho administrativo. En el *Common Law*, la *injunction* confería poderes a los magistrados para ordenar acciones positivas y negativas, que en algunos casos se orientaban a prevenir *mediante un mandato directo del Estado,* que decidía la realización o no de una actividad privada, y en su caso, sobre sus modalidades.

Sea a través de nuevos empleos de las medidas cautelares clásicas o por la creación de instrumentos procesales novedosos o por aplicación de posibilidades peculiares dispersas en la legislación, también en el *Civil Law* se disponen este tipo de medidas.

*III.4.- Las consecuencias diferenciales de la general y specific deterrence:*Desde el punto de vista del AED, varias son las diferencias de uno y otro tipo de prevención. Si pensamos en la *general deterrence*, y asumimos agentes solventes y racionales, no se llevarán a cabo actividades que tengan un costo social superior su beneficio. También se puede analizar la *specific deterrence* sobre esas bases: si el Estado conociera esa relación de costos y beneficios, directamente podría prohibir las actividades que presentaran un balance desfavorable, o impedirlas de hecho. En escenarios ideales, con agentes perfectamente informados, plena solvencia para todos los implicados y ausencia de costos de transacción, los dispositivos institucionales que proyecten *specific* o *general deterrence* darían resultados idénticos respecto de la asignación de recursos.

Si los agentes no poseen toda la información, sino que deben adquirirla (costoso) entonces, aquella equivalencia dejará de ser tal. En muchos casos es muy probable que quien emprenda una actividad tenga mucha mejor información que el Estado. En este sentido, la *general deterrence*, muchas veces lidia mejor con este balance entre costos y beneficios sociales, que la s*pecific deterrence*.

Cuando la solvencia de los agentes es nula o limitada, la amenaza de pagar una indemnización no suele ser una amenaza suficiente para generar incentivo alguno para prevenir y la *general deterrence* se revela como un instrumento débil para discriminar entre actividades socialmente beneficiosas y las que no lo son.

Afirmaba Calabresi que, en los hechos, todo sistema de *specific deterrence* es mixto y aún, podría decirse que toda institución que proyecte *general deterrence* tiene algún componente ajeno a la mera decisión “de mercado” de los agentes. Por ej., la prohibición de abrir una fábrica clausurada —*specific deterrence*— no es más que la imposición de un nuevo costo a la actividad material (y factible) de reabrirla. En el 2° caso, la valuación del daño causado queda en manos de un oficial público y por lo tanto toda decisión se apartará del modelo de mercado de competencia perfecta.

 **LA *INJUNCTION* EN EL COMMON LAW Y LA *INHIBITORIA* EN EL DERECHO ITALIANO Julio Corenfeld**

**I.- INTRODUCCIÓN:** Ciertas medidas judiciales no indemnizatorias, en el D Argentino actual, recibieron una importante influencia de ese tipo de instituciones.

**II.- INJUNCTION EN EL COMMON LAW**

**II.1.- Concepto. Clases:** Es un conjunto dinámico, variado y multiforme de medidas, caracterizadas como *una orden emanada de un tribunal dirigida a una persona a fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en particular*. Era una institución propia de la *equity* inglesa, *un remedio definitivo o provisorio, por medio del cual una parte, que ha violado o amenazado violar un derecho legal recibe del juez una orden de no cometer, continuar o repetir el acto violatorio (si eso se concreta en un hacer) o de realizar un acto positivo (si la violación consiste en un no hacer), manteniendo a la víctima en el status quo, dejando a salvo el derecho de iniciar la acción de daños y perjuicios (damages) por los daños efectivamente sufridos en el pasado.*

Este instituto se ha empleado en circunstancias y situaciones variadas, siendo clasificado de distintas formas. Por ello, y por su finalidad típicamente preventiva, su aplicación ha ido ganado terreno en todos los

Según el contenido, pueden ser clasificadas en ***prohibitive*** *y* ***mandatory injunctions***. Las 1° son órdenes de no hacer o de no continuar haciendo, las 2°, mandatos judiciales que imponen la obligación de hacer o realizar un acto específico. Según el momento procesal en el cual se ordena, las ***final injunctions*** son aquellas que se ordenan luego de una decisión judicial sobre el mérito o fondo de la cuestión y forma parte de la sentencia definitiva. Las ***preliminary injunctions***, se ordenan, a solicitud de parte, durante la tramitación del proceso, inmediatamente después de interpuesta la demanda o en el curso de una audiencia sumaria para mantener el *status quo*. Finalmente, teniendo en cuenta la duración de la eficacia del procedimiento, se clasifican en ***temporary*** y ***permanent injunctions*** por otro. Las 1° producen todos sus efectos en el momento en el cual son concedidas. En las 2° efectos tienen eficacia ilimitada en el tiempo.

**II.2.- Ambito de aplicación:** La *injunction* es un clásico remedio contra el ilícito extracontractual (*torts*). Se aplica en el ambito de los llamados *torts of nuisance*. En los casos en los cuales los daños se producen con continuidad (*continuing or recurring trespass*) la *injunction* es el mejor remedio. La *injunction* ha sido empleada en los países del Common Law para la tutela de la propiedad y los derechos conexos.

En el ámbito contractual, en el Common Law, los contratos se suelen clasificar, según el tipo de conducta debida, en *positivos* y *negativos*, según establezcan obligaciones de hacer o de no hacer. En los *positivos* el remedio típico es el instituto de la specific perfomance (cumplimiento específico); en los negativos, la *injunction*. En este caso, este tipo de medidas tiende también -como se puede observar con facilidad- a privilegiar el cumplimiento específico (aquí, negativo) por sobre el resarcimiento de los daños.

**II.3.- Presupuestos y Condiciones.** Para una ***final injunction*** debe haber una “inadecuación” de los demás recursos legales a la situación de la que se trate. Esta clase de *injunctions* no será concedida cuando las consecuencias del ilícito ya se hubiesen producido. En ese caso, solo proceden la acción de daños y perjuicios, y la *reductio in pristinum*, para resguardar los efectos ya producidos. La relevancia del daño potencial es otra de las pautas para la concesión de *injunctions*. El daño debe ser “injusto y relevante”.

A las ***preliminary injunctions,*** les son aplicables los presupuestos de las *final injunctions*, con las distinciones propias del carácter cautelar y provisorio de estas últimas. No corresponde exigir la prueba estricta del derecho del actor o su violación, sino que es suficiente acreditar el *prima facie case*. Se mantiene la exigencia de que se trate, en caso de darse, de un posible daño irreparable y la exigencia de una contracautela.

**II.4.- Sanciones para el caso de inejecución de la injunction.** La más importante y más eficaz es lo que se relaciona con el delito de desacato al tribunal. El juez dispone de otras sanciones, tales como el secuestro, la exigencia de una caución o la posibilidad de nombrar un interventor o interventor recaudador.

**III.- INHIBITORIA EN EL DERECHO ITALIANO** Es una medida cuya finalidad típica es prevenir daños.

**III.1.- Inhibitoria Final. Casos.** La doctrina italiana distingue dos clases o tipos de inhibitoria: la inhibitoria final y la inhibitoria provisoria. La 1° es una orden dispuesta por un juez -a petición de parte- para poner fin, de manera inmediata, a una actividad ilícita o la prohibición de realizarla en el futuro. Para su concesión no es requisito necesario la prueba de culpa o dolo y es irrelevante la producción actual de un daño. Es necesario, en cambio, probar un peligro inminente de daño o deterioro de un bien. La inhibitoria final puede ser solicitada para la protección de los derechos de la personalidad (nombre, seudónimo, imagen, honor, privacidad), de la propiedad, los derechos reales (dominio y servidumbre, hipotecas) y la posesión, en los casos de competencia desleal, para la protección de marcas, patentes e insignias y para la protección de derechos de autor.

**III.2.- Inhibitoria Provisoria. Casos de aplicación y su regulación.** Dado su carácter, al decidirse sobre el fondo de la cuestión, puede ser revocada o confirmada (lo que la convierte en inhibitoria final). Procede en casos de: d*enuncia de obra nueva y daño temido, marcas e invenciones (patentes) y sociedades.* La inhibitoria, en muchos casos, también puede ser concedida sobre la base del art. 700 de CPC Italiano cuando se verifique: la inexistencia de un procedimiento cautelar específico, el *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.

**III.3.- Condiciones y presupuestos de la *inhibitoria* en cada una de sus variantes:**

*Inhibitoria final:* Podrá solicitarse frente a un acto ilícito susceptible de repetición en el futuro o de una actividad que pueda repetirse en el tiempo, que no requiere comprender un daño resarcible actual. Debe mediar, en cambio, un peligro de que se produzca un daño. La orden puede consistir en la inhibición propiamente dicha o cesación del acto ilícito. La finalidad es prevenir el agravamiento de una lesión ya producida o de un ilícito ya cometido. No se exige culpa o dolo.

*Inhibitoria provisoria:* No es necesario probar si hubo o no daño y si medió culpa o dolo. Deberá probarse el *fumus boni iuris* y la relevancia del perjuicio. Asimismo, deberá acreditarse el *periculum in mora*. La inhibitoria provisoria deberá asegurar temporalmente los efectos de la decisión de fondo, “preservando el *status quo*.

**III.4.- Naturaleza, ámbito, contenido y función:** La inhibitoria provisoria y la final son dos especies de un género común, con las mismas características, siendo la provisoria, subsidiaria de la inhibitoria final. La función de la inhibitoria es eminentemente preventiva y tiene aplicación tanto en los *derechos absolutos* como en los *relativos* y para la tutela de los intereses legítimos.

**III.5.- Poderes del juez e intereses de las partes.** A diferencia del Common law, donde el juez tiene amplios poderes discrecionales para conceder o no *injunctions*, en el D italiano la inhibitoria final es un D para el interesado, con una fuerte acotación de la discrecionalidad del juez. Sus facultades son más amplias, en cambio, en la inhibitoria provisional. Para la concesión de la inhibitoria final entran en juego dos criterios. El objetivo es aquel que tiene en cuenta, para su concesión, el interés públicoo privadoen juego. El subjetivo remite a la condición específica de las partes en el caso concreto, debiendo el juez, de ser posible, conciliar los intereses contrapuestos de las partes. El juez debe recurrir 1° al objetivo y de ser inaplicable, al subjetivo.

**III.6.- Medios de coacción de la inhibitoria.** No existe en el derecho italiano un instrumento general tendiente a la ejecución en especie. Existen, en cambio, normas específicas que prevén soluciones frente al incumplimiento de la orden dictada por el juez. La jurisprudencia ha creado la penalidad por mora cuyas características se asemejan, en la práctica judicial a las astreintes.

**IV.- CONCLUSIÓN.** La inhibitoria (D italiano) y las *injunctions* (Common law), tienen por fin común: prevenir daños futuros. Presentan, en cuanto a su regulación, similitudes y diferencias. En ambos ordenamientos se prevén variantes provisorias, que tiene las características propias de los procedimientos cautelares, yfinales, a través de las cuales el juez o tribunal resuelve la cuestión de fondo planteada.

En el Common law el juez tiene un amplio poder discrecional para conceder o no las *injunctions*. En el D italiano, ese poder de discreción se ve reducido por la norma. En el D italiano no existe norma que establezca un principio general de ejecución en especie en caso de incumplimiento de una inhibitoria. En el Common law, algunas medidas generales, como el denominado *contempt of court*, resultan aplicables ante cualquier tipo de incumplimiento y sirven, asimismo, para respaldar la fuerza obligatoria de las injunctions.

En el D Argentino, la raíz común de ambos ordenamientos se observa, por ej., en la denuncia de daño temido (art. 2499 CC) y, en la cesación de actividades lesivas a la intimidad (art. 1070 CC) y el art. 2618 CC.

La *injunction* y de la inhibitoria cambian el “ángulo” en la visión del derecho de daños. Los estudios de responsabilidad civil actuales enfocan su atención no solamente en la reparación del daño, sino también en su prevención. Estos institutos con consistentes con la prevención de los daños futuros, sin desplazar la función de las medidas indemnizatorias.

**Daños Punitivos: Análisis Económico del Derecho y Teoría de Juegos Matías Irigoyen Testa**

II.- PRIMERA APROXIMACIÓN A LOS DAÑOS PUNITIVOS:

II.1.- Concepto: “Daños punitivos” es una traducción literal de punitive damages del Common Law, y hace referencia a aquellas condenas judiciales de dinero, que sumadas a las indemnizaciones compensatorias, deberá afrontar aquél que -mediante una grave violación a la ley- no cumplió con el nivel de precaución socialmente deseable, dado que especuló con una baja probabilidad (menor que el cien por ciento) de ser condenado por el valor total del daño causado y/o esperado.

En el D anglosajón se suele requerir una conducta intencional más grave que la llamada gross negligence para su procedencia. Sin embargo, en el D civil continental se debe exigir una conducta con dolo o con culpa grave. En ambos la mera culpa siempre es una barrera para la procedencia de los daños punitivo.

II.2.- Funciones y Aplicación: Desde el AED el sistema de responsabilidad cumple 2 funciones principales. La 1° es de disuasión o prevención; la 2° es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas. Se puede afirmar que la 1° función se logra mediante la 2°, y cuando ésta es insuficiente para crear los incentivos óptimos, se complementa con la función sancionatoria. Para lograr la disuasión socialmente deseable (internalización de los todos los costos sociales), se necesita que la responsabilidad de un potencial dañador coincida con los daños esperados de su actividad.

Supongamos que los daños esperados son $10, que el potencial dañador podría evitarlos con una inversión en precaución de $9 y que sabe que en un 50% de los casos no será condenado por dichos daños. Consecuentemente, el potencial dañador no estará dispuesto a invertir en precaución $9, porque su indemnización compensatoria esperada es menor, 50% $10 = $5 (compensatoria). Para reestablecer los incentivos habría que adicionar una condena esperada de otros $5 por daños punitivos (sancionatoria).

La importancia funcional de los daños punitivos es impedir la existencia del negocio de daños ineficientes. Cuando la aplicación de las indemnizaciones compensatorias (probabilidad de condena menor que 100%) no alcanzan para disuadir a quienes intencionalmente causan daños ineficientes, entran los daños punitivos.

Esta figura también es trascendente para la tutela de bienes que escapan de cualquier valuación pecuniaria viable y que una vez vulnerados, su restitución y reposición al estado anterior se torna imposible.

II.3.- Antecedentes: Podemos encontrar figuras similares que datan de más de cuarenta siglos atrás, en el Código de Hammurabi y en la Ley de las XII Tablas. En GB desde 1275, existía la punición por el doble del daño causado a un damnificado que fuese un religioso. Los daños punitivos fueron admitidos ampliamente, hasta “Rooks vs. Bamard” del año 1964. A partir de entonces, los mismos son reconocidos taxativamente: a.) cuando exista una ley que los autorice; b.) en el caso de opresión, arbitrariedad e inconstitucionalidad contra funcionarios del gobierno; c-) cuando la conducta del acusado ha sido premeditada para sacar un provecho.

EEUU toma dicha figura del derecho británico; su mayor aceptación la encontramos a partir de los setenta. Los daños punitivos son admitidos en 45 de los cincuenta estados. Por otro lado, las condenas por daños punitivos también han sido admitidas en Canadá, Australia, Filipinas, Nueva Zelanda y África del Sur.

III.- ADMISIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS: Cuándo necesitamos admitir los daños punitivos para reestablecer los incentivos socialmente deseables. 

Según la Fórmula de Hand, una persona es considerada negligente, cuando no invierte en la cantidad óptima de precaución para evitar un daño esperado ineficiente; ph H representa el daño esperado (ph es la probabilidad del daño y H es el daño) y L representa la precaución necesaria para prevenirlo. Un daño esperado es ineficiente cuando su valuación es mayor que el importe necesario para prevenirlo [1]. Un daño esperado es eficientes cuando su valuación económica es menor al importe necesario para evitarlo [2].

(1) L ˂ Ph H  (2) L ˃ Ph H

La inversión en precaución adecuada sólo se llevará a cabo si el sistema de responsabilidad es perfecto; es decir, si las controversias entre empresario y damnificados pueden dirimirse sin costos, sin error, y la compensación de los daños es perfecta. Pero el sistema de responsabilidad no es perfecto. Supongamos que sólo el 40% (pr =0,40) de los consumidores deciden efectuar el reclamo (por el costo, el costo de oportunidad de asistir a las audiencias judiciales, etc.) o que sólo en un 40% de los casos –problema de pruebas- se puede determinar la causa de los daños, y como consecuencia, el empresario tiene una “responsabilidad esperada” inferior al “costo del accidentes esperado”. La diferencia entre la indemnización compensatoria esperada y el costo esperado de los accidentes es la externalidad de costos sociales esperados. Es decir, el daño esperado contra 3° que no se compensará y por lo tanto, no será internalizado por el dañador.

El empresario que cuenta con la información de que tiene una probabilidad de ser condenado por el daño causado del 40% (pr = 0,40), adoptará un nivel de precaución ineficiente (menor que el adecuado).

IV.- CUANTÍA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS: Se debe procurar que el “costo privado del potencial dañador” (su responsabilidad esperada) sea igual al “costo esperado por los accidentes” (phH). Caso contrario, el dañador nunca tendrá los incentivos adecuados para adoptar el nivel de precaución óptimo. Eso se logra a través de los daños punitivos. Para contrarrestar aquella falta de disuasión adecuada, se deberá condenar al dañador por el daño causado exigido por los usuarios multiplicado por la inversa de la probabilidad de ser condenado por el daño causado. En otros términos, si el dañador indemnizará sólo dos de cada diez daños causados (40%), cuando lo haga debe ser condenado a pagar dos veces y media (1/0,40 = 2,5) la cuantía de aquel daño (el importe que exceda los daños compensatorios, corresponderá a los daños punitivos).

V.- SUJETOS PASIVOS DE LOS DAÑOS PUNITIVOS: Las doctrinas no son pacíficas en cuanto a la responsabilidad por daños punitivos de las personas jurídicas y de los empleadores. La doctrina negatoria, sostiene que se puede responsabilizar al empleador por un acto propio, al elegir o entrenar a sus dependientes, pero no hacerle extensivo por actos que llevan a cabo sus empleados. Con respecto a las personas jurídicas, no puede hacerse responsable de los daños punitivos a los accionistas, quienes son inocentes ante los malos actos de los administradores y no pueden controlarlos de forma directa.

Este razonamiento sólo sería válido –o no- si los daños punitivos tuviesen una función sancionatoria con exclusividad y su función principal no fuese la disuasión socialmente deseable. No obstante, la función es la disuasión socialmente deseable. Si los empleados o administradores no experimentan ganancias patrimoniales por el ilícito, será muy cuestionable la procedencia de los daños punitivos contra ellos.

En postura intermedia existe la regla de la complicidad. El empleador responde por los daños punitivos sólo cuando haya aprobado o ratificado la actividad ilícita de sus empleados. Sin embargo, si la ignorancia es la defensa de los superiores o accionistas, tendrán incentivos para permanecer “ignorantes” (no controlar ni prevenir de forma óptima,) y recibir beneficios de dudosa procedencia (Π).

En el otro extremo, se encuentra la teoría que admite la extensión de los daños punitivos al principal de forma amplia. Los fundamentos son diversos. La negociación entre el empleado y el empleador tiene costos de transacción. Asimismo, generalmente el empleado que comete el ilícito será difícil de identificar. Por otra parte, probablemente el mismo será insolvente por lo que no tendrá incentivos suficientes para invertir en precaución. Sin embargo, si el empleador es responsable por daños punitivos, éste tomará los medios de prevención y control adecuados; el trabajador tendrá mayores incentivos para tomar una precaución socialmente deseable, porque el superior podrá castigarlo. 

Se han admitido daños punitivos contra las entidades públicas cuando las inmunidades constitucionales no lo impidan. Es sumamente delicado el supuesto de la responsabilidad de las AP por los actos ilícitos de sus funcionarios y empleados. Se está extendiendo la responsabilidad a todos los contribuyentes quienes son los que en última instancia se perjudican económicamente al imponerse estas condenas por daños punitivos. Deberían ser procedentes los daños punitivos contra las AP en la medida del ahorro económico o ganancia obtenida por dichos actos ilícitos en procura del logro de una disuasión socialmente deseable.

VI.- DESTINO DE LA CUANTÍA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

VI.1.- A favor de la víctima: Se critica que la víctima experimentaría un enriquecimiento sin causa. Pero no nos encontramos dentro del ámbito de la compensación del daño, sino frente a la punición y prevención de ilícitos. Además, si una ley prescribe que los daños punitivos serían destinados al damnificado, no podría hablarse de enriquecimiento sin causa (causa legal). Cuando estamos ante daños sobre bienes irreparables, destinar la cuantía al damnificado, es procurar obtener una compensación menos imperfecta. A su vez, los incentivos creados hacia las víctimas para accionar judicialmente, serán mayores de recibir la cuantía.

VI.2.- Otros destinatarios: Se la puede destinar en todo o en parte al Estado, entidades de bien público, ligas de consumidores, etc. Si bien restará incentivos para el inicio por parte de los particulares, se podría evitar de este modo acuerdos extrajudiciales y mantenerse el adecuado incentivo de prevención y disuasión.

VI.3.- Algunas recomendaciones: En principio, es aconsejable que un porcentaje se destine a favor de la víctima para crearle incentivos suficientes para que accione judicialmente y colabore en la producción de las pruebas. Si el importe se destina –en todo o en parte- al propio Estado, a entidades de bien público, etc., el Juez deberá de oficio, antes de dar traslado de la demanda, citar como 3° interesado a quien corresponda.

A.-) En daños a bienes reparables (compensación perfecta) se debe llegar a un óptimo trade-off entre la falta disuasión por acuerdos extrajudiciales, y los incentivos necesarios para accionar y colaborar con la prueba relacionada con los daños punitivos. Sin embargo, si se trata de accidentes bilaterales, y los daños punitivos recibidos por la víctima reducirían los incentivos de la misma para tomar las medidas de prevención adecuadas que están a su cargo; deberá destinarse el importe al Estado, a las entidades de bien público, etc.

B.-) En daños contra bienes irreparables (no es posible una compensación perfecta) el importe se debe destinar a favor de la víctima. Pero cuando no es fácilmente identificable, por ser lesiones a intereses difusos, es aconsejable que el destino de la penalidad sea a favor del Estado, las entidades de bien público, etc., según corresponda. Así, se evitan múltiples imposiciones de condenas por daños punitivos.

VII.- EL EQUILIBRIO DEL MERCADO Y LOS DAÑOS PUNITIVOS: Se puede evaluar cuál es la repercusión que tienen los daños punitivos en el equilibrio del mercado, lo cual es importante ya que según la CN las autoridades deben proveer “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”.

La función principal de los daños punitivos, es la de disuasión y prevención de daños ineficientes. Estos últimos existen debido a errores de aplicación de las condenas compensatorias. Si la industria no paga daños punitivos que contrarresten aquellos errores, las víctimas de los mismos estarán subvencionando aquellos productos en la medida del importe impago del daño ineficientemente causado (externalidades).

Si los precios no internalizarán todos los costos, los consumidores demandarían más bienes y existirá un exceso de producción ineficiente (nivel de actividad inadecuado). Los consumidores comprarían bienes, cuyos costos de producción serían mayores que el valor que ellos les adjudicarían. En definitiva, si todos los daños que se ocasionarán no serán internalizados, existirá una externalidad de costos sociales irrecuperables, una precaución insuficiente, un exceso de producción y un equilibrio de mercado distorsionado.

A mediano o largo plazo todos aquellos que invirtiesen por debajo del costo de precaución adecuado, desplazarían del mercado a los buenos empresarios que no ocasionasen externalidades negativas.

VIII.- CONCLUSIONES:

\* Los daños punitivos son las condenas judiciales de dinero, que sumadas a las indemnizaciones compensatorias, deberá afrontar aquél que -violando a la ley- no cumplió con el nivel de precaución socialmente deseable, dado que especuló con una baja probabilidad (˂100%) de ser condenado por el valor total del daño causado y/o esperado.

\* La cuantía de los daños punitivos se calcula multiplicando la indemnización compensatoria, por la inversa de la probabilidad que tiene el demandado de ser condenado por el valor total del daño causado/esperado. El importe que supere a la indemnización compensatoria constituye la condena en concepto de daños punitivos.

\* Los daños punitivos se deben extender a los empleadores y a los accionistas, en caso de conductas gravemente reprochables de sus empleados o administradores.

\* Siendo una multa civil no configurará nunca un enriquecimiento sin causa. Asimismo, si una ley dispone que el importe sea adjudicado a la víctima, mal podría decirse que existe un enriquecimiento sin causa legal.

\* Se recomienda que aunque sea en parte, se destine a favor de la víctima.

\* Si el importe en cuestión se destina al Estado, a entidades de bien público, a ligas de consumidores o de protección de medio ambiente, etc., el Juez actuante, al recibir demandas fundadas en conductas del accionado gravemente reprochables que puedan dar lugar a daños punitivos, deberá de oficio, antes de dar traslado de la demanda, citar como tercero interesado a quien corresponda.

\* Los daños punitivos conducen al punto de equilibrio óptimo del mercado, internalizándose los costos sociales en la producción de bienes.

**Daños punitivos en Argentina:**

ARTICULO 52 bis – Ley de Defensa del Consumidor: Daño Punitivo - LDC. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

- La doctrina exige además que este incumplimiento se ocasione por dolo o culpa grave.

Dp = Dc ((1-Prob de condena Dc)/(Prob de condena Dc))

**Jurisprudencia Daños Punitivos:**

1) Liebeck v. McDonald's

2) “Machinandiarena, Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”: La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata confirmó el fallo de primera instancia*,* en el cual se condenó a la demandada al pago de $ 30.000 en concepto de daño moral y de $ 30.000 en concepto de daño punitivo o multa civil. La acción judicial fue iniciada por una persona con movilidad reducida que debe utilizar una silla de ruedas. Esta persona alegó y demostró que había intentado realizar varios reclamos en las oficinas de una empresa de servicios de telefonía, de la cual era cliente, pero no recibió atención porque las dependencias carecían de una rampa para discapacitados.

El Art. 8 bis de la LDC establece que los proveedores de bienes y servicios deben garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios en todas las etapas de la relación comercial. El fallo aplica además por primera vez el instituto de los daños punitivos, previsto en el Art. 52 bis de la LDC.

Hasta ahora los daños punitivos sólo habían sido aplicados en el caso *“Cañadas Pérez, María Dolores c/ BankBoston NA s/ Daños y Perjuicios”*, en el que con su aplicación se intentó sancionar la publicación por parte de la entidad bancaria de información crediticia errónea de la actora. Pero, las instancias judiciales superiores no se habían pronunciado sobre el tema hasta el momento. La Cámara sostuvo en *“Machinandiarena”* que la compañía proveedora del servicio de telefonía abusó de su posición de poder actuando con un menosprecio grave por los D individuales del actor al no proporcionársele un trato digno.

3) “Tesone de B., Marta Patricia c/ Kreutzer, Guillermo y otros s/ daños y perjuicios- ordinario”: Se aplicaron daños punitivos por considerar que si en un caso sobre responsabilidad médica, no se pudo incorporar la historia clínica por negligencia en su custodia por parte del ente asistencial, y tal circunstancia privó al paciente de un elemento de juicio imprescindible para resolver la causa, cabe responsabilizar al establecimiento accionado por incumplimiento en la guarda del referido documento. De ahí que, corresponde fijar a modo de sanción ejemplar para la clínica demandada, un monto global único a favor del actor, en función del tipo y características particulares de la enfermedad padecida, representativo del daño causado y medido en razón de las circunstancias que impidieron determinar la existencia o no de la mala praxis invocada y puede llegar a configurar un detrimento para el paciente ante la situación de inferioridad en que se encuentra. Esto implicó “la consagración de una especie de daño punitivo global por el incumplimiento de una falta administrativa de conservación de la historia clínica en los registros del Sanatorio Bazterrica S.A. sin atender al mencionado sistema de responsabilidad profesional vigente en nuestro ordenamiento jurídico”.

**Peyrano Jorge W – Reformulación de la teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas:** Las medidas autosatisfactivas forman parte de la denominada tutela de urgencia. Su aparición viene a llenar un vacío en la Argentina, el cual hace que los afectados se vean forzados a dar inicio a procesos principales que no desean iniciar, para lograr y mantener una solución pronta de situaciones de urgencia. Si bien se asemejan a las medidas cautelares, su despacho reclama una *fuerte posibilidad* de que lo requerido sea atendible, y no la mera verosimilitud. Su dictado acarrea una solución definitiva de los requerimientos del postulante, no exige siempre contracautela, y genera un proceso autónomo, agotándose en sí mismo. Se las ha fundamentado tanto desde la idea de facultades judiciales implícitas o como una medida cautelar genérica, entre otras. Distintos instrumentos legales han adoptado estas medidas sin mencionarlo expresamente:

* Art. 1071 bis: Permite al afectado en su intimidad o solicitar una medida cautelar –que debe ser inmediatamente seguida de un proceso principal- o solicitar el cese inmediato de las ofensas demostrando al juez que existe una fuerte probabilidad de que tenga el D que alega.
* Protección contra la violencia familiar –Ley 24414.
* Ley de Sociedades Comerciales: El juez puede suspender, a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para 3°, la ejecución de la medida impugnada.
* Ley de Sociedades comerciales, Art. 1696 CC y 781 CPCyCN: Derecho de información y de contralor individual de los asociados de los libros y la documentación societaria.
* Arts. 53 y 55 ley 23571.

**Peyrano Jorge W – “Medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación legal”:** La teoría cautelar clásica brinda soluciones a la “urgencia funcional”: se ocupa de dar respuesta a situaciones que resultan premiosas en miras a otra coyuntura, cuya dañosidad es meramente virtual, en el sentido de que puede llegar o no a registrarse. La “urgencia pura”, en cambio, se presenta cuando se da una fuerte probabilidad de que se genere un grave perjuicio a un justiciable ante los estrados judiciales, sino hace ya mismo lo conducente a solucionarlo. Es decir, que en los casos de “urgencia pura”, media una relación inmediata entre la pretensión satisfactiva y el daño. Por medida autosatisfactiva, se entiende aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, sin ser necesaria la iniciación de una acción posterior para evitar su caducidad o decaimiento. Recaudos para su despacho:

* Su objeto debe estar limitado a la cesación inmediata de vías de hecho (pretensión NO declarativa de Derechos):
* Acreditación de una FUERTE PROBABILIDAD de existencia del Derecho.
* Urgencia pura.
* Prestación de contracautela circunstanciada.

Características principales:

* Autonomía o prescindencia de un proceso.
* Ausencia de provisionalidad.
* Innecesaridad de la declaración del Derecho.
* Bilateralidad postergada.
* Ejecutabilidad inmediata.

Las medidas autosatisfactivas garantizan el acceso a una jurisdicción íntegra, eficaz y oportuna, para “dar a cada uno lo suyo” cuando corresponde. Además, afianzan el principio de plazo razonable y de economía procesal a través de la simplificación de las formas para su despacho y prescindencia de un proceso principal que deviene inoportuno. A diferencia de las medidas cautelares, que buscan evitar que el cumplimiento de la sentencia se torne ilusorio, las autosatisfactivas tienden al cumplimiento de la prerensión de modo inmediato, tornando ilusorio al proceso mismo. De ser aplicadas, el derecho a ser oído es salvaguardado mediante la postergación del contradictorio, ya que existe un derecho sustantivo cuya protección se prioriza. La inversión de los tiempos del debate no equivale a su negación.

**Jurisprudencia:**

1) “Poveda Cesar C/ Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. S/ Medidas Precautorias”: Efectuado un análisis provisorio de los elementos hasta ahora incorporados, valorados al solo fin de considerar la viabilidad de la tutela anticipatoria solicitada, surge "prima facie" acreditado que el D invocado por la reclamante es verosímil. Lo informado por el médico legista, persuade al Tribunal de la urgencia que reviste la implementación inmediata del tratamiento quirúrgico, protésico y de rehabilitación que debe afrontar la menor afectada. La Sala estima que no puede ser otorgado en forma anticipada el pago del tratamiento psicoterapéutico de la menor, en vista de que no puede dejar de considerarse que la anticipación de la tutela sólo procede en cuestiones de extrema urgencia, carácter que no reviste el ítem en cuestión. Atento al carácter de la medida autorizada, es claro que necesariamente debe implementarse con la prestación de una contracautela previa, real o personal, a efectos de garantizar los derechos de la demandada, para el supuesto de la que sentencia a dictarse resultara adversa a la pretensión de la actora. En tal sentido, de conformidad con los arts.1998, 2005 y concordantes CC, los profesionales adquieren en el caso el carácter de fiadores solidarios y principales pagadores de la suma comprensiva de la acordada en concepto de tutela anticipatoria y de los eventuales perjuicios que el aporte pecuniario admitido irrogue a la empresa mencionada.

2) “D., B. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/ amparo”: Las medidas cautelares no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud.- En el presente caso media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el Art. 232 CPCN para acceder a la medida cautelar pero no en su totalidad. Por ello se hace lugar a la medida cautelar solicitada en subsidio y, en consecuencia, ordenar a la Provincia de Buenos Aires que provea a la actora, dentro de 5días, el marcapasos correspondiente, bajo apercibimiento de astreintes

3) “Miquelarena, Jorge Luis- en su carácter de Fiscal de Estado de la Provincia del Chubut s/ medida cautelar autónoma”: El accionante, en su carácter de ciudadano y de representante de los intereses del Estado local, solicitó que **se prohíba** el ingreso al Territorio Nacional y Zona Marítima Económica Exclusiva de la República Argentina del buque que de la Compañía Eléctrica Southern California Edison que transportaría los restos del desmantelado reactor San Onofre Nuclear Generaiting Atation, desde California hacia un repositorio nuclear ubicado en Barnwell, Carolina del Sur”. Consideró que la nave viajaría a su destino bordeando el continente americano sin contar con estudios de impacto ambiental previos “ni comunicación alguna al gobierno argentino” y que los propios transportistas “habrían señalado que no existen planes de recuperación del cargamento en caso de hundimiento en las profundidades mayores a 91 metros”. **Fundó la acción** en el art. 41 C.N. en cuanto expresamente preceptúa que “se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos”; art. 43 de la C.N., 109 de la C. Prov. del Chubut, y el Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación suscripto en Basilea ratificado por ley 23.922.

Luego de analizar la acción incoada, el magistrado expresó que *“la posibilidad del paso de un buque cargado de elementos contaminantes por aguas adonde el Estado Argentino ejerce soberanía es un dato que por si habilita- en el marco normativo referenciado – emitir un mandamiento cautelar”*

El magistrado resolvió **otorgar la medida cautelar** eximiendo al accionante de brindar cautela “atento la naturaleza del asunto, al interés público en juego y la calidad del peticionario que representaría al Estado Provincial”. Así prohibió el ingreso a aguas en las que el Estado Argentino ejerce soberanía y sus puertos de la nave o artefacto naval que eventualmente transporte por cuenta de la Compañía Souther California Edison, residuos peligrosos en los términos de las leyes 24.051, 23.922, haciendo efectiva la manda por comunicación al Ministerio de Defensa, al Ministerio del Interior y al Ministerio de Relaciones Exteriores.

4) “Unteruberbacher Nicole c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares”: La verosimilitud del derecho, como requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontrastable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite. Lo atinente a la determinación de una eventual responsabilidad, son cuestiones que exceden el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares.

**La medida autosatisfactiva en el Código Procesal de Corrientes (2006)**

"Art. 785.- Medidas autosatisfactivas. Caracterización. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.

"Art. 786.- Presupuestos. Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a Derecho según la legislación procesal o de fondo. b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines. c) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas.

"Art. 787.- Sustanciación. Los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva peticionada o, excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

"Art. 788.- Suspensión provisoria. Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

"Art. 789.- legitimado para contradecir la medida autosatisfactiva ordenada podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra".

**UNIDAD 3:**

**Pizarro y Vallespinos – Obligaciones. Instituciones de Derecho Privado:** Nuestro CC consagra un régimen doble de responsabilidad civil: por un lado la responsabilidad contractual, y por el otro la aquiliana. La 1° deviene cuando el comportamiento del sujeto viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente. La 2°, cuando se viola el deber general de no dañar. Puede ser, sin embargo, que un incumplimiento obligacional importe además una violación a dicho deber. La solución está prevista en el Art. 1107 CC: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”. Es decir que las normas que regulan el incumplimiento obligacional no son aplicables en materia de ilícitos salvo cuando el incumplimiento genere un delito del Derecho criminal. En estos casos, la doctrina entiende que el damnificado puede optar por el régimen de responsabilidad contractual o extracontractual. No existe, en cambio, la posibilidad de acumular ambos régimenes. La calificación del delito de derecho criminal como culposo o doloso depende del juez.

La doctrina actualmente admite la unidad del fenómeno resarcitorio y el carácter común que tienen los presupuestos de reparación en ambos ámbitos. Las diferencias reales son:

1. Prescripción liberatoria: En el caso de incumplimiento obligacional, es de 10 años; en el aquiliano de 2.
2. Extensión del resarcimiento: La responsabilidad extracontractual es más amplia: comprende las consecuencias inmediatas, mediatas previsibles y las casuales que hayan sido previstas y queridas. En caso de incumplimiento obligacional, se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias, y en caso de incumplimiento doloso se extiende a las mediatas. Nunca se responde por las casuales.

Diferencias aparentes (que en realidad no son tales):

1. Antes de la ley 17711 se debía constituir en mora al deudor de una obligación contractual, pero ya no.
2. En materia aquiliana rige el principio según el cual la culpa del demandado debe ser probada; en materia contractual, la culpa del deudor se presumirá.
3. En materia aquiliana el juez está facultado para atenuar equitativamente la indemnización al daño causado por un cuasidelito.
4. La reparación del daño moral tendría un carácter más excepcional en materia contractual.
5. La responsabilidad por daños causados por las cosas solo tendría relevancia en materia aquiliana.

En casos como la Ley de Defensa del Consumidor, o responsabilidad del explotador de un central nuclear, no se distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual.

**INFORME SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO ARGENTINO DE CC DE 1998 por Atilio Aníbal Alterini:** Dicho Proyecto unificó de las áreas contractual y extracontractual de responsabilidad civil, claramente diferenciadas en el CC vigente. La índole contractual o extracontractual de la responsabilidad es indiferente en los casos de daños resultantes del riesgo minero (Art. 58 Cód. Minería) o de la explotación de una instalación nuclear (Convención de Viena de 1963 sobre Daños Derivados del Uso Pacífico de la Energía Nuclear). La responsabilidad para el caso de ruina de obra que impone el Art. 1646 CC rige tanto para el comitente cuanto para los 3°. El carácter contractual propio de la relación laboral no obstó en su momento a la aplicación del Art. 1113 CC (Cám. Nac. del Trabajo, "Alegre c/ Manufactura Algodonera Argentina"). El Art. 1º de la ley 23.592, al prever la reparación del daño moral y material ocasionado por un acto discriminatorio, no dispensa un tratamiento distinto según se origine dentro o fuera del área contractual. En el régimen del consumidor la legitimación pasiva es idéntica, sea que se trate de daños contractuales o extracontractuales (Art. 40 de la ley 24.240).

Sin embargo, las principales diferencias que subsisten entre los regímenes contractual y extracontractual de responsabilidad (diversa extensión de la responsabilidad, distintos plazos de prescripción), tienen significativa incidencia en el D de daños.

Otro eje del Proyecto es la prevención del daño, mediante: la consagración del deber de evitar el daño, la asignación de virtualidades a las medidas técnicas tendientes a evitarlo, y la tutela inhibitoria. La CN 1994, concede el amparo cuando son amenazados derechos y garantías reconocidos por ella (Art. 43) y, asimismo, insta a la "prevención" de conflictos relativos a los servicios públicos (Art. 42 in fine).

a) Deber de evitar el daño: La propuesta está vinculada con los daños punitivos para "penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella, y a otros como ella, de obrar una conducta similar en el futuro", por lo que cumplen funciones de prevención especial y de prevención general. Los "daños punitivos" pueden ser aplicados "por una conducta ofensiva, en razón de los motivos perversos del demandado, o de su indiferencia respecto de los derechos ajenos", tomando en consideración "el carácter del acto del demandado, la naturaleza y la extensión del perjuicio que el actor causó o intentó causar, y la fortuna del demandado".

b) Adopción de medidas técnicas tendientes a evitar el daño.

c) Tutela inhibitoria: tiende a prevenir la realización o la reiteración de un daño, actúa aunque éste no se haya producido y, en todo caso, intenta evitar su repetición. a diferencia de la tutela cautelar, la tutela inhibitoria no depende de una acción principal, y puede ser positiva o negativa.

Otro eje del Proyecto es la dilución del requisito de antijuridicidad. La responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización; hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora. La sustitución del concepto de antijuridicidad plasmado en el vigente Art. 1066 CC resulta de todos los últimos proyectos de reformas. La antijuridicidad, que supone una conducta que, en sí misma, es ilícita, se desvanece como presupuesto de esa responsabilidad no bien se acepta que es reparable el daño sufrido injustamente, sin que sea menester que se trate de un daño inferido ilícitamente. El tema, pues, se traslada a la teoría de las causas de justificación. La conducta que causa un daño, o tiene aptitud para causarlo (Art. 1067 CC), aunque no sea antijurídica, genera responsabilidad cuando no está justificada: por ejemplo, porque no implica el ejercicio regular de un derecho (Art. 1071, CC y doc. Art. 34, inciso 4º, CP), o legítima defensa (doc. Art. 34, inciso 6º, CP). Ello significa que la responsabilidad es controlada principalmente mediante la idea del ejercicio regular del D de obrar. Sólo se atribuye al causante el daño injusto, y únicamente se considera injusto al que es causado sin D.

Para los casos de cosas con riesgo - vehículos, animales, intereses de incidencia colectiva, al impacto del cuerpo humano, al tomador del leasing- o de actividades peligrosas, así como para el transporte terrestre, rige la limitación de la responsabilidad. La responsabilidad civil busca volver al status quo ante del daño, pero sólo se trata de la reposición del damnificado ‘a una situación tan próxima como sea posible a aquella en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido’. La responsabilidad objetiva derivó de la ‘dificultad de la reconstrucción de la acción humana’ y de ‘la existencia de daños anónimos y estadísticamente previsibles’. Y la limitación de la responsabilidad ha sido justificada como contrapartida del deber de resarcir el daño que se impone a quien lo ha causado sin culpa: la atribución objetiva favorece a la víctima, pues facilita la actuación de su derecho pero, a cambio, se le pone un techo a su indemnización. La limitación cuantitativa de la responsabilidad no afecta en su esencia al derecho de propiedad del damnificado (su crédito indemnizatorio) ya que este es, en definitiva, el que le asigna la ley.

Los topes indemnizatorios son un tema de política jurídica que no afecta el D de la persona pues, cuando se lo lesiona injustamente, siempre es reparado de manera incompleta. Los límites cuantitativos se suman a otros que ya existen en el sistema, propios de su estructura, y con los cuales convivimos. Ellos no tienen efectos discriminatorios ni esquivan a la jurisdicción judicial, ya que es competencia del legislador regular los alcances de la responsabilidad. Por otra parte, las indemnizaciones están sujetas a la autonomía de la voluntad pues pueden ser convenidas por los interesados, transadas y sometidas a arbitraje o a juicio de peritos, y están alcanzadas por la mediación obligatoria.

Los topes indemnizatorios, articulados con el seguro y arbitrios de pronto pago, no generan, por sí, una litigiosidad mayor. Por lo contrario, la disminuyen. Y garantizan a la víctima que un ente solvente (la aseguradora) cubrirá las eventuales defecciones del responsable, y que el monto indemnizatorio estará prontamente a su disposición.

**Alterini, Ameal y López Cabana – Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales:** La responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. La 1° se configura cuando el hombre incumple deberes específicos y determinados. La 2 cuando viola el deber genérico de no dañar –neminem laedere-, que le corresponde por el solo hecho de vivir en sociedad. La responsabilidad contractual rige también en supuestos en los que no hay contrato y la extracontractual no cubre todas las hipótesis que no son contractuales. Diferencias entre ambas:

* Génesis: Una surge de una obligación preexistente, la otra de un deber no obligacional.
* Estructura: La responsabilidad contractual se adiciona a una obligación preexistente, el deber de resarcir derivado de un ilícito implica una obligación nueva.
* Extensión de la responsabilidad: La extracontractual es más amplia.
* Prescripción.
* Edad de discernimiento: Para los actos lícitos es a las 14 años, para los ilícitos a los 10.
* Carga de la prueba.
* Juez competente en razón del lugar: En las acciones derivadas de responsabilidad contractual es juez competente el del lugar convenido para el pago o, a falta de este, el domicilio del demandado o lugar de celebración del contrato. En las derivadas de un ilícito, es el del lugar del hecho o domicilio del demandado, a elección del actor.
* Juez competente por razón de la materia.

El Art. 1107 CC se aplica cuando un incumplimiento contractual implica un delito penal, permitiendo al actor optar entre el reclamo de responsabilidad contractual o aquiliana. El juez en lo criminal es quien determina el carácter culposo o doloso del delito, pero cuando no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su existencia o inexistencia, el juez en lo civil puede calificar al hecho a los fines de habilitar la opción.

Presupuestos de la responsabilidad –sin la concurrencia de ellos no hay responsabilidad:

* Incumplimiento objetivo o material de un contrato o del deber de no dañar.
* Factor de atribución subjetivo u objetivo.
* Daño.
* Relación de causalidad.

El incumplimiento objetivo o material consiste en la infracción de un deber, independientemente de la subjetividad del agente. Este incumplimiento ilícito puede derivar de una violación a las convenciones entre partes o de la confrontación de la conducta con la ley, en sentido amplio. La consideración objetiva de la ilicitud trae como consecuencia que el acto de un inimputable, que no puede ser ilícito en sentido subjetivo, si es objetivamente ilícito genera responsabilidad del padre, tutor o curador. Además, el incumplimiento objetivo autoriza por sí la adopción de medidas cautelares. La infracción puede ser llevada a cabo mediante comisión, ejecución u omisión, cuando una disposición legal le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido.

Ciertas circunstancias justifican conductas que de no haber mediado ellas sería ilícita: Causas de justificación. Se diferencian de las causas de inimputabilidad ya que mientras estas excluyen la culpabilidad, pero el acto sigue siendo objetivamente ilícito, el acto justificado es objetivamente lícito. También se diferencian de las excusas absolutorias, ya que en este caso el acto es objetivamente ilícito e imputable, pero se excluye la sanción. Casos:

* Ejercicio regular de un derecho.
* Legítima defensa (Requisitos: a) agresión legítima; b) necesidad racional del medio empleado para repelerla; c) falta de provocación suficiente por quién se defiende).
* Estado de necesidad (Justifica a quién causa un mal para evitar otro mayor e inminente).
* Facultad pública o privada de atacar un derecho subjetivo.
* Consentimiento de la lesión por el damnificado cuando no sea ilegal o inmoral.
* Intromisión en la facultad ajena realizada en interés de un 3° y en atención a su voluntad real o presumible.
* Derecho a resistir la orden injusta por parte del subordinado.



El incumplimiento puede ser absoluto (la conducta observada es inversa a la debida) o relativo (hay un defecto en las circunstancias de modo, tiempo o lugar). Ocurre a veces que el incumplimiento no es ostensible, pero esto no extingue el derecho del acreedor a reclamar ulteriormente.

El estado en el cual el incumplimiento material se hace jurídicamente relevante es la mora: Requisitos: 1) incumplimiento; 2) imputable al deudor (existencia de un factor de atribución); 3) que el deudor esté constituido en mora (retardo). La constitución en mora puede ser automática, o requerir de una interpelación, acto jurídico unilateral y recepticio que puede ser judicial o extrajudicial. Son requisitos de la interpelación: exigencia categórica, requerimiento apropiado y coercitivo, exigencia de cumplimiento factible y requerimiento circunstanciado. Además es necesaria la cooperación del acreedor y la ausencia de su incumplimiento.

**UNIDAD 4: EL DAÑO**

Qué se entiende por daño?

* Lesión a un D subjetivo –patrimonial o extrapatrimonial: Entiende que la lesión a un D patrimonial debe generar un daño de esa naturaleza y la lesión a derechos extrapartimoniales un daño moral.
* Lesión a un interés legítimo que es presupuesto de un D: La distinción entre daño moral y patrimonial radica no en el carácter del D lesionado sino en el interés que actúa como presupuesto del D.
* Daño resarcible no es la ofensa o lesión a un D o interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión.

**Requisitos del daño resarcible:**

1) Daño cierto: Su existencia debe ser cualitativamente contastable. Un daño únicamente eventual o hipotético no genera consecuencias resarcitorias. El daño cierto puede ser actual o futuro, y debe subsistir al momento de dictarse sentencia.

* *Pérdida de chance:* Se da cuando se frustra una oportunidad de obtener un beneficio o de evitar un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial. Es decir, que lo frustrado no es el beneficio esperado sino la mera posibilidad, la cual es, en sí misma, aleatoria. La doctrina actual admite el valor económico o espiritual que tiene la existencia de la chance, reconociendo su carácter reparable. La chance debe ser *real y seria* y no una mera ilusión. La proximidad del evento lesivo con el momento en que la chance debía haberse concretado es tomado en cuenta como factor determinante a los fines resarcitorios. La frustración de la chance puede generar daño patrimonial o moral (por ej., pérdida de chances martimoniales). El valor de la chance frustrada debe ser fijado prudencialmente por el juez, teniendo en cuenta: a) Cuál habría sido la situación de la víctima si la chance se hubiese realizado; b) La chance en sí misma, y el carácter reversible o irreversible del perjuicio; c) La indemnización que hubiese correspondido de haberse concretado la chance.

2) Daño personal: Solo quién sufre el perjuicio patrimonial o moral –de forma directa o indirecta- puede reclamar su resarcimiento. En consecuencia, no es posible demandar como propia la reparación de un daño causado a 3°. El daño es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del delito. Es indirecto cuando el perjuicio propio invocado por el demandante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un 3°. Algunos autores hablan también de “daños de 3° generación”, daños capaces de repercutir en seres todavía inexistentes. Si bien esto se admite en caso de medidas cautelares, no aún en el campo de lo estrictamente resarcitorio.

3) Lesión a un interés simple no ilegítimo: Un sector limita el daño resarcible a aquel que lesiona un interés jurídicamente protegido o un D subjetivo. Otro sector más flexible, considera suficiente una lesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho. Es decir, a un simple interés de hecho no ilegítimo. En materia de daños patrimoniales, los Art. 1079 y 1068 del CC dan a entender que, si bien el daño puede derivar de la lesión a derechos o facultades, se configura un perjuicio simplemente por el mal hehco a la persona.

**Tipos de daño:**

a) Daño patrimonial y daño moral: El 1° se da como consecuencia del detrimento de valores económicos o patrimoniales que se produce a raíz de la lesión. El 2° consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste. Es decir, que el daño moral responde a las consecuencias de una lesión a intereses no patrimoniales, que se traducen en una modificación disvaliosa del espíritu. Aun cuando no exista consecuencia del agravio o sufrimiento, el disvalor subjetivo puede configurarse y ser resarcido.

* Prueba: La prueba del daño patrimonial –cualitativa y cuantitativa- pesa sobre quien alega su existencia, rigiendo la amplitud de los medios probatorios. Los tribunales admiten que, acreditada la existencia del daño, corresponde la determinación de su monto mediante el prudente criterio judicial. En algunos casos la ley presume la existencia del daño (sin admitir prueba en contrario o iuris tantum). En el caso del daño moral no es posible producir una prueba directa sobre el perjuicio producido: a partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional.
* Reparabilidad del daño moral:
	+ Tesis negativas:
		- La reparación del daño moral atentaría contra los principios básicos de la responsabilidad civil al indemnizar un perjuicio inexistente sobre parámetros arbitrarios. Habría un enriquecimiento indebido de la pretendida víctima. En realidad, mientras que en el caso de daños materiales la indemnización busca restablecer el equilibrio alterado, en las reparaciones por daño moral el dinero cumple una función meramente satisfactoria, sin borrar el perjuicio.
		- Sería inmoral poner precio al dolor o discutir el valor de los afectos.
		- La reparación del daño moral implicaría una negación del orden sobrenatural, al reducir la felicidad del hombre a valores terrenales.
		- La reparación del daño moral es una exteriorización del espíritu burgués, que todo lo reduce al dinero.
	+ Doctrina de la pena o sanción ejemplar: La reparación del daño no sería un resarcimiento sino una pena, reprobando así de forma ejemplar la falta del infractor. En estos casos, no se justificaría entonces que la indemnización se entregara a la víctima. Además, la reparación debería extinguirse con la muerte del ofensor, por aplicación del principio de personalidad de la pena. En estos casos, no se configuraría la responsabilidad del principal por el daño moral causado por su dependiente en ejercicio de sus funciones.
	+ Doctrina del resarcimiento del daño moral (mayoritaria): Distingue las funciones que cumple la reparación en caso de daño patrimonial (equivalencia) y moral (satisfactiva). A diferencia de la doctrina anterior, no importa la génesis del menoscabo: cualquier acto ilícito (doloso, culposo, riesgoso), da lugar a un detrimento moral y a su reparación. Mientras que conforme a la tesis punitiva la valoración del daño debe efectuarse de acuerdo a la gravedad de la falta, en este caso atiende a la gravedad objetiva del daño causado. La titularidad de la pretensión resarcitoria recae sobre todo aquel que haya experimentado el daño, y tenga legitimación activa para accionar. En cambio, siguiendo a la doctrina sancionatoria, es posible reclamar cuando el ofensor no haya sido sancionado con anterioridad. Por último, mientras que los partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar afierman que la pena es persónalisima y por lo tanto insuceptible de ser transmitida a los herederos, la doctrina del resarcimiento no encuentra ningún obstáculo a dicha transmisión.
* Regulación del Daño moral: Se lo admite tanto en la órbita contractual como en la aquiliana, independientemente de que el factor de atribución sea objetivo o subjetivo. En principio, solo el damnificado directo (quien sufre, en calidad de víctima, la lesión de un interés) puede reclamar la reparación. Pero cuando del hecho dañoso resultare la muerte de la víctima podrán hacerlo iure propio los herederos forzosos. La mayoría de la doctrina considera que esto abarca a todos los que potencialmente invisten dicho carácter al momento de la muerte de la víctima, sin que obste a tal calidad la circunstancia de quedar desplazados en la sucesión por otros herederos de grado más próximo. Los damnificados indirectos carecen de toda acción por daño moral. La acción resarcitoria es transmisible mortis causa cuando el damnificado la hubiera entablado antes de morir. La transmisión por actos entre vivos no está regulada.

b) Daño emergente y lucro cesante: El 1° consiste en la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes en el patrimonio a raíz del ilícito aquiliano o contractual, generándose un empobrecimiento patrimonial como consecuencia de dicha pérdida. El 2° se traduce en el valor de las ganancias frustradas, dejadas de percibir por el damnificado a raíz del hecho dañoso.

c) Daño compensatorio y moratorio: Es compensatorio el daño que se debe a raíz del incumplimiento total y definitivo de la prestación; aquí la prestación originaria se convierte en la de pagar daños e intereses. Daño moratorio es el que se adeuda por mora del deudor en el cumplimiento de la obligación.

d) Daño intrínseco y extrínseco: El 1° es el que recae sobre el objeto mismo de la obligación; el 2° es el que sufre el acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor en otros bienes.

e) Daño común y propio: Daño común es que cualquier persona habría experimentado a raíz del incumplimiento. Daño propio es el que sufre un acreedor determinado, en función a las circunstacias particulares del caso en concreto. El daño común es siempre resarcible, el propio solo lo es cuando fuese conocido o conocible por el deudor al tiempo de la obligación.

f) Daño directo e indirecto: Es directo aquel que recae directamente sobre el patrimonio de la víctima. Es indirecto el que repercute sobre derechos de la personalidad (bienes extrapatrimoniales).

g) Daño previsible e imprevisible.

h) Daño actual y futuro: Daño futuro es aquel que todavía no se ha producido al tiempo de dictarse sentencia. El daño futuro puede ser una prolongación de un daño ya existente o un nuevo daño. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros.

i) Daños inmediatos y mediatos: Son inmediatos los daños que resultan del cumplimiento de una obligación o de un ilícito extracontractual conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Son daños mediatos los que resultan de la conexión del incumplimiento o del ilícito con un acontecimiento distinto.

j) Daños al interés positivo y negativo: El 1° comprende el daño adicional que se resarce al acreedor cuando se concreta la ejecución forzada, directa o indirecta. El 2° es el daño al interés de confianza: se compone por todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó. La indemnización al daño al interés negativo comprende lucro cesante y pérdida de chances.

**Daño por mora y por inejecución definitiva de la prestación:** En caso de incumplimiento definitivo no fortuito, la obligación primitiva de dar o hacer se convierte en la de pagar daños e intereses. Algunos consideran que se está frente a una nueva obligación, otros que se está frente a una obligación accesoria, y una 3° corriente que se está ante una modificación de la obligación primitiva que no importa novación. En estos casos el deudor debe al acreedor tanto el valor económico de la prestación prometida y frustrada, como un *plus* por el valor de los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento. El *daño moratorio,* en cambio, se da cuando todavía es posible y útil el cumplimiento forzoso específico o por 3° de la prestación.

**Jurisprudencia:**

1) "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Santa Coloma, Luís Federico y otros C/E.F.A." - CSJN - 05/08/1986: 2° instancia rechaza toda indemnización por daño material a los padres, ni aun a título de "chance" - posible ayuda económica que pueda prestar en el futuro un hijo- , debido a la holgada situación de los padres, que no permitía prever que hubieren de recibir ayuda económica de sus hijas. Sin embargo, si lo que se trata de resarcir es la "chance”, una posibilidad, ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto de "chance". Además, la sentencia desconoce que el apoyo económico que los hijos pueden brindar a sus padres no se reduce a lo asistencial: puede traducirse en la colaboración en la gestión del capital familiar.

Tras invocar que la reparación del daño moral tendría una finalidad principalmente punitiva, 2° instancia fija por este rubro $a 230.000, como correspondiente al sufrido por los padres, una suma ínfima en relación a la trágica entidad de la muerte de las tres hermanas -de 9, 10 y 13 años. Se fundamentó argumentando que lo punitivo o sancionatorio sería la única justificación de una suma por daño moral. La sentencia destaca la gravedad de la conducta de la demandada. La CSJN consideró carentes de fundamento las afirmaciones del a quo según las cuales el dolor de los padres "no es susceptible de ser aplacado por la recepción de dinero", lo que demostraría que "la reparación que otorga la ley no puede tener tal finalidad". En la ley, dicha "reparación" aparece inequívocamente relacionada con la acción por indemnización y la obligación de resarcir. Por otra parte, el pronunciamiento no atiende a las aplicaciones que los padres podrían dar a la suma en cuestión. Al fijar una suma cuyo carácter sancionatorio es -por su menguado monto- nominal y al renunciar expresamente a mitigar el dolor, la sentencia lesiona el principio del "alterum nom laedere" y ofende el sentido de justicia de la sociedad.

En el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que hay un intento de mitigarlas. No es ésta, sin embargo, la posición de la Cámara, que de hecho compele a un renunciamiento -consistente en soportar calladamente la pérdida de tres hijas.

2) "Brabenec de Rodríguez Príncipe, Norma Susana contra C. de Giuli, Mirta y otros. Daños y perjuicios": El art. 1068 CC al referirse a "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria", indirectamente por el mal hecho a las "facultades" de la persona, permite emplazar allí todo detrimento económico a la salud del ser humano, comprensivo de sus aptitudes físicas y psíquicas que le permiten desarrollarse como tal. Ello no conlleva que el rubro posea autonomía en lo que respecta al ámbito indemnizatorio. De ese modo, los perjuicios indemnizables por tales circunstancias quedarán comprendidos dentro del daño material atento las diferencias del rubro en cuestión respecto del daño moral, las que van desde su origen (de tipo patológico y en el otro no) hasta la entidad del mal sufrido (material uno, inmaterial el otro), con la consecuente proyección de efectos dentro del ámbito jurídico procesal en materia probatoria (el 1° pruebas extrínsecas, el 2° in re ipsa).

3) Keri Sercio c/ Cuesta Fernando (Bahía Blanca): Como consecuencia de un accidente de tránsito Keri queda parapléjico y su mujer reclama una indemnización por el daño moral por ella sufrido, pese a no estar legitimada por el Art. 1078 CC. Según la Cámara, la imposibilidad legal de reclamar por ese rubro configura una discriminación irrazonable y, retomando la doctrina de la SCBA en el caso “C.L.A. c/ Hospital Zonal de Agudos Manuel Belgrano”, establece su derecho a ser indemnizada por daño moral.

4) “C., L. A. y otra v. Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros”:

*Juez doctor Roncoroni, Genoud, Pettigiani y Juez doctor Hitters:* El art. 1078 CC establece un sistema cerrado de legitimados activos habilitados para reclamar la reparación del agravio moral: solo el damnificado directo tiene acción para reclamar la indemnización de dicho daño. Si la víctima sobrevive a las lesiones sufridas, por más real, intenso y profundo que fuere el sufrimiento espiritual sufrido por otras personas, como en este caso los padres, carecen de legitimación por ser ellos damnificados indirectos. El único camino para realizar la justicia en el caso concreto, es el del ejercicio de oficio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente se impone al mediar denuncia de violación de la norma. Ya he manifestado mi adhesión a la tesis según la cual los jueces, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad deben declarar de oficio la invalidez de una norma pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (art. 31 CN).

Dos normas, ambas del Código Civil, resuelven con distinto criterio la situación de los damnificados indirectos. El art. 1078, consagrando, en la esfera del daño moral, que los únicos que pueden reclamar su resarcimiento son los perjudicados directos. El art. 1079, esta vez en el ámbito del daño patrimonial, tematizando la legitimación de los damnificados indirectos. Esta disparidad de tratamiento implica una desigualdad ante la ley contraria al art. 16 CN. La existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son, a mi entender suficientes, para poner coto al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el que nos ocupa y que se nos presenta como un supuesto de especial gravedad que no puede ser resuelto sin más bajo el principio restrictivo indicado.

En consecuencia, juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional al confrontar materialmente con el art. 16 de la Constitución nacional, según las motivaciones explicitadas en este voto, concluyo que no se verifican en el fallo las violaciones denunciadas.

*Juez doctor Negri:* Cualquiera haya sido la intención del legislador al establecer el límite que ha impuesto en el art. 1078 CC, lo cierto es que al intérprete le cabe siempre la posibilidad (y hasta el deber) de una renovada lectura. Más aun cuando la justicia del caso lo reclama. La palabra directo en castellano significa inmediato, y surge de la reconstrucción de los hechos el inmediato y sin intermediarios daño moral infligido a los padres. La norma no hace referencia al lastimado en lo físico sino el directamente lastimado en sus afectos. Aquí ha habido daño moral directamente causado a los padres de la víctima. Es una cuestión de hecho y prueba, que resolvió la sentencia de grado. El resarcimiento procede, en su extensión no cuestionada, con fundamento también en el art. 1078 del Código Civil.

*Juez doctor de Lázzari:* Considero que en el caso corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 CC, ya que dadas las circunstancias del caso, la solución prevista por la norma aplicable conduce a irrefutable injusticia. A diferencia del Dr. Negri considero que damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso. La lesión al interés del damnificado directo es susceptible de menoscabar, además, el interés del damnificado indirecto. Es posible hablar de un damnificado indirecto toda vez que por causa de un evento dañoso, quien no fue su víctima inmediata -directa- experimenta no obstante un daño propio en razón de su vinculación o relación con la víctima inmediata.

El art. 19 CN prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, el alterum non laedere, cuestión que aparece reafirmada por distintos instrumentos internacionales. El art. 14 CN dispone que los habitantes gozan de sus derechos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" y el art. 28 establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio". Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Los perjudicados indirectos poseen acción en la esfera patrimonial (art. 1079). ¿Porqué han de recibir un tratamiento distinto respecto del daño moral?.

*Juez doctor Soria y Jueza doctora Kogan:* El tribunal de 2° instancia sostuvo que "tratándose en el caso de autos del resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones contractuales, no resulta de aplicación el artículo 1078 del Código Civil, sino que el fundamento de la reparación por el perjuicio extrapatrimonial encuentra apoyo normativo en el art. 522", razonamiento que el Fisco provincial no ha controvertido con eficacia ante esta casación. No altera tal conclusión la circunstancia de que la Cámara, al momento de fundar el rubro "daño moral" a favor del menor, hubiera citado el art. 1078 del Código Civil, pues este segmento del pronunciamiento de grado no ha sido materia de agravios ante esta Corte.

En síntesis, a tenor al modo en que resolvió la alzada la cuestión referida al resarcimiento del daño moral reclamado por los progenitores, las objeciones que opone el recurrente devienen inidóneas a fin de evidenciar la contrariedad legal alegada, sellando así la suerte adversa de su recurso (art. 279 su doct. del C.P.C.C.).

**EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SCBA SOBRE LEGITIMACIÓN DE LA CONCUBINA**

1) NEGATIVA GENERAL: 27 /12/1988, Ac. 39.570, "Monzón de Gómez, Nélida contra Palacios, Roberto y otro. Daños y perjuicios":

*Juez doctor* ***Mercader, San Martín, Cavagna Martínez, Rodríguez Villar y Laborde (Mayoría)****:* No se discute que el art. 1079 concede la indemnización a toda persona que ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un acto ilícito, pero ese perjuicio para ser indemnizable debe ser jurídico, es decir, que damnificadas por el acto ilícito son solamente las personas que han sufrido un daño jurídico: éste existe cuando han sido afectados sus derechos, provenientes de la ley o de un contrato, o cuando el acto ilícito ha impedido la adquisición inmediata de un derecho. La concubina no es una damnificada de iure sino de facto. La muerte de su compañero no le lesiona un derecho subjetivo porque no estaba unida a él por un vínculo de derecho, no dándose así la hipótesis del el art. 1068 y no queda subsumida en el artículo 1079 del Código Civil. El concubinato no constituye una fuente de derechos entre éstos y en sí mismo no produce efectos jurídicos. Cuando el legislador ha considerado que debía reconocerse derecho al concubino lo ha hecho de manera expresa, poniendo así de manifiesto que ello constituye una situación excepcional.

*Juez doctor* ***Negri****:* La concubina, acreditó que era sostenida económicamente por la víctima (por más de 20 años) y que tuvieron tres hijos en común. La legitimación de la concubina para accionar por daños y perjuicios por la muerte de su compañero está reglada en el art. 1079 CC. La norma trata de dar respuesta al agravio inferido por la ley, imputable y dañoso: respuesta que, en términos de la ley civil, debe comprender el mayor número de casos para evitar el desamparo (art. art. 1, C.C.). Esa amplitud no debe ni puede restringirse en autos en donde el daño aparece tan manifiesto como la estabilidad de la vinculación afectiva, económica y de compromiso vital entre quien lo reclama y la persona muerta. El hecho de que las partes no hayan estado vinculadas por un matrimonio de carácter civil puede tener otros efectos. Pero no el de dejar sin respuesta un pedido de resarcimiento, conforme al principio fundamental de resarcir el daño causado (arts. 1109 y conds., C.Civ.). Razonar de otro modo sería caer en una concepción formalista y estrecha del derecho subjetivo.

*Juez doctor* ***Vivanco****:* Se debe reconocer igual D a la concubina que a la cónyuge legítima, no por su carácter de tal, sino porque sufre un perjuicio y no habría razón para excluirla de los términos generales del artículo. El art. 1079 no tiene por objeto, determinar las personas que puedan entablar la acción de daños y perjuicios a que tendría derecho el damnificado directamente, sino establecer qué personas son las que pueden pedir por cuenta propia la reparación del daño sufrido por ellos mismos en su persona o bienes. Las personas que pueden entablar la acción en representación del damnificado se determinan en otro lugar. De modo pues, que no hay razón para limitar el sentido de las palabras "toda persona" de que se vale el artículo que estudiamos, haciéndolo referir a solo los parientes de tal o cual grado. En la culpa aquiliana la acción que se acuerda, es la razón del daño sufrido personalmente y no en razón del vínculo de parentesco. La muerte del concubino lesiona el derecho subjetivo a la concubina, no por el vínculo que lo unía a él, sino por virtud del que surge de la ley sin especificaciones de otra índole o de requisitos no mencionados (ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus). El art. 1079 del C.C (Derecho objetivo) establece "La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquél a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta".

2) AFIRMATIVA (en cuanto al daño material o patrimonial): 12/11/1991, Ac. 43.068, "Alvarez, Esther Elida contra Venencio, Luis Alberto. Daños y perjuicios":

Negri, Salas, Vivanco, Ghione, Rodríguez Villar (MAYORIA): Mismos argumentos Negri que en el anterior.

Mercader, San Martín, Laborde (MINORIA): Mismos argumentos Mercader que en el anterior.

3) NEGATIVA CON RELACIÓN AL DAÑO MORAL, (obstáculo del 1078) 05/07/1996, Ac. 52.191, "Ramírez, Ramona Margarita contra Aguirre y Cía. S.R.L., y otro. Daños y perjuicios".

El fundamento de la negativa (limitación del art. 1078 CC, en cuanto limita la legitimación a los herederos forzosos -ascendientes, descendientes y cónyuge) se sostiene por unanimidad, pero difieren en cuanto a la acreditación efectiva del perjuicio para el daño material. Toda vez que la concubina no es heredera forzosa del muerto, no hay dudas que ella carece de acción para reclamar indemnización por daño moral

**a)** Consideraron suficiente el recurso en lo relativo a la acreditación del daño material: Negri, Salas (el voto resulta un tanto particular, en cuanto no alude a las cuestiones de hecho implicadas).

**b)** No consideraron suficiente el recurso en punto a la acreditación del daño material: Mercader, San Martín, Pisano, Ghione, Laborde.

“R.S.E. C/ Bustos Esteban S/ daños y perjuicios” del 23/11/0: La minoría sostuvo que en este caso particular, parece atendible la pretensión de la concubina, al haberse tratado de una relación de convivencia estable, prolongada, con un alto grado de certeza sobre su proyección futura, y cuyo fruto ha sido el hijo de ambos.

Ha de partirse del paulatino reconocimiento que viene teniendo el status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de su pareja, tanto sea a título indemnizatorio como previsional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etc. En segundo lugar, parece injusto que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de una progenie. En tercer lugar, porque el rechazo indemnizatorio, se parece más a la sanción a una conducta que de hecho no la tiene. En cuarto lugar, porque la limitación de marras choca con el criterio imperante en materia de daños -reparación plena e integral -. En quinto lugar, porque la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible "prima facie" para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual.

La limitación del CC atenta contra la noción de familia, y resulta inaplicable en el particular, por resultar lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional.

Const. Nacional) y doctrina emanada del art. 1079 del C.Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño.

“Ojeda, Mirta Yolanda y otro contra Provincia de Buenos Aires (Servicio Penitenciario). Daños y perjuicios” 01/04/2004:

**A la cuestión planteada, la mayoría dijo:** En cuanto al daño moral y a la legitimación de los herederos en el momento de la muerte de la víctima, este Tribunal tiene dicho que “carecen de legitimación respecto al reclamo de indemnización por daño moral los progenitores de la víctima, si al momento de su muerte su único heredero era su hijo menor. Otro sector doctrinario y jurisprudencial no excluye a quienes invisten potencialmente el carácter de heredero forzoso. La CSJN comparte la interpretación amplia sobre la legitimación activa de los herederos forzosos por reclamo de daño moral indirecto.

**A la misma cuestión planteada, la minoría dijo:** Ante la existencia de una hija del causante, los padres de la víctima carecen de legitimación respecto del reclamo de indemnización por el daño moral. No obstante que la reclamación por daño moral posee obviamente el carácter de bien propio desde que por definición es aquél que tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos e hiere a cada uno de los padres en su particular intimidad; ello cede frente al supuesto del art. 1078 del Código Civil, que expresamente limita las acciones contra el responsable del daño, confiriendo acción únicamente a los herederos necesarios de la víctima fallecida que tuvieran tal carácter a la oportunidad del deceso, evitando asimismo la multiplicación de acciones. Es decir que para ejercer la pretensión, se exige la calidad de heredero, establecida en el orden y modo precisados por el Código Civil.

**Daño Psicológico:**

“Caruso, Pablo Ceferino contra Eland S.A. y otras. Daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo”:

- El señor Juez doctor Negri dijo: El tribunal del trabajo desestimó el reclamo de reparación a la integridad psicofísica ya que consideró que no se trataba de un supuesto autónomo con relación al daño patrimonial y moral, y que el mismo no estaba contemplado como categoría independiente por el derecho civil argentino. Sin embargo, éste tiene un reconocimiento autónomo a través de la incorporación con rango constitucional de la CADH. En el caso de autos, la minusvalía del actor es de una dimensión tal que alcanza restricciones casi absolutas y que conllevan la frustración del desarrollo pleno en todas las esferas de su personalidad.

Los reclamo bajo el rubro integridad psicofísica no fueron considerados al momento de fijar el resarcimiento patrimoniale y extrapatrimonial razón por la cual atendiendo al principio de reparación integral corresponde justipreciar este rubro.

- A la misma segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani, Salas, Lazzari, Roncoroni, Soria dijo: El tribunal del trabajo fijó el importe correspondiente al daño patrimonial -lucro cesante y daño emergente- y al moral padecido. En el caso el menoscabo a tal legítimo y trascendental derecho encontró adecuada reparación en el fallo: el tribunal de grado hizo lugar al mismo a través de su justipreciación incorporada al mensurar en su totalidad los perjuicios padecidos.

En un precedente de la CSJN se reconoce un importe bajo el concepto pretendido, pero resultan sustancialmente disímiles las circunstancias con las que se ventilan en autos.

No podemos dudar de la autonomía conceptual de este tipo de daños. Después de todo, sabemos que la lesión a la integridad psicofísica es un concepto vasto comprensivo de distintos menoscabos a esa integridad física, psíquica y moral del sujeto que el Pacto de San José, manda respetar. La pregunta es si a los fines indemnizatorios estos daños deban indemnizarse en forma autónoma, particularizada e independiente. Esto no es conveniente, pues puede llevar a una injusta e inadmisible doble indemnización.

**UNIDAD 5: ANTIJURIDICIDAD:**

La antijuridicidad se puede analizar tanto desde un punto de vista *subjetivo*  como de un *objetivo*. En el 1° caso el juicio de antijuridicidad es un juicio de disvalor sobre el comportamiento que se ha rebelado en contra de la norma. En consecuencia, solo las acciones dolosas o negligentes serían constitutivas de injusto. En el 2° caso el juicio es un juicio de disvalor sobre el hecho objetivo por haberse producido un resultado contrario a las valoraciones de las normas. Esta última concepción es la que más se adecúa al Derecho de Daños, por los fines que persigue y porque permite distinguir este presupuesto de la culpa.

Una acción es antijurídica (ilícita) cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Por acción se hace referencia al comportamiento humano, comisivo u omisivo, que provoca un resultado en el mundo exterior. No requiere para su configuración la presencia de voluntariedad del agente, y están al magen del mismo los actos reflejos, los que emanan de estados de inconciencia total, o los que derivan de una fuerza irresistible. La antijuridicidad es predicable respecto a una conducta humana y no respecto a un daño. Al consagrar la responsabilidad objetiva el CC en los Art 907 y 1113, reconoce que la idea de antijuridicidad se conjuga, no con la culpabilidad, sino con el riesgo creado o la noción de equidad.

Una acción es *formalmente antijurídica* cuando contraría una prohibición legal de hacer y omitir. En cambio, es *material* cuando la prohibición se desprende de los principios de orden público, moral y buenas costumbres.

Una conducta solo es antijurídica cuando está prohibida por el orden jurídico (Art. 1066CC Y 19 CN). Pero a diferencia de lo que sucede con la ley penal, donde rige el principio de nullum crimen sine lege, el derecho civil determina un principio rector, genérico y flexible, consistente en la prohibición de causar a otro daños en su persona o en sus bienes.

La conducta antijurídica puede ser positiva o negativa. La 1° consiste en la realización de una conducta prohibida y la 2° en no hacer aquello que ordena la ley o no cumplir con el deber genera de no dañar.

También en los casos de responsabilidad objetiva puede encontrarse el presupuesto de la antijuridicidad objetiva. Si bien en principio la creación de un riesgo a través de una actividad humana socialmente valiosa es lícita, la actividad riesgosa puede devenir dañosa. Es entonces cuando se trasgrede el principio alterum non laedere y surge la antijuridicidad. También se verifica en caso de incumplimiento obligacional: ya que las convenciones hechas en los contratos rigen a las partes como la ley misma.

Es importante señalar que la falta de antijuridicidad no siempre obsta a la posibilidad de resarcimiento. La supresión de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad se asienta sobre las siguientes premisas:

* Existen conductas fomentadas por el orden jurídico que pese a no haber transgredido ningún deber específico originan la correspondiente responsabilidad civil.
* La repugnancia de considerar como ilícitos aquellos hechos en los que, a pesar de la falta de culpa, existe responsabilidad civil objetiva.
* El no estar previsto el princpio naeminem laedere en el ordenamiento jurídico.
* El deber de reparar cualquier daño causado.

Causas de justificación – Ausencia de responsabilidad por exclusión de la ilicitud: Las causas de justificación suprimen la antijuridicidad del comportamiento, volviendo lícito el actuar. Se fundamentan en el principio del interés preponderante, según el cual, cuando colisionan dos bienes jurídicamente protegidos, la tutela jurídica debe favorecer el superior o mejor. Las causas de justificación se extienden por todo el ordenamiento jurídico y contienen una autorización para realizar la acción típica. Lógicamente, si la situación de justificación fue creada intencionalmente no produce el amparo, lo que tampoco se produce en caso de exceso o abuso. Para que se tornen operativas, es necesario un elemento subjetivo consistente en el conocimiento de la situación objetiva que la fundamenta.

* Legítima defensa: Es la reacción necesaria frente a una agresión injusta, actual y no provocada, cuando la víctima de dicha agresión se ve impedida de recurrir al auxilio de la justicia pública. Nuestro CC no la regula en forma genérica: la regulación se limita al Art. 2470 para proteger o recobrar la posesión propia cuando el auxilio público llegase demasiado tarde. Se debe recurrir entonces, por analogía, al Art. 34 CP. Requisitos:
	+ Agresión ilegítima contra la persona, su integridad física o moral o sus bienes, actual e inminente y no futura. El sujeto no se debe haber expuesto voluntariamente al peligro.
	+ Racionalidad del medio empleado para repelerla: Debe apreciarse en cada caso. Excede la legítima defensa quien emplea medios que superan los que hubiesen sido necesarios para repeler el ataque, cumpliendo con la finalidad justificante. En estos casos el acto será ilícito en la medida de tal exceso.
	+ Falta de provocación suficiente por quien se defiende: Si el agredido hubiera incitado al agresor, no podría quejarse de su reacción. “Suficiente” significa “de cierta gravedad”.

La legítima defensa es putativa cuando por un error de hecho una persona cree que está siendo atacada y usa para repeler el peligro imaginario medios que serían proporcionados si fuera real y cierto. Efectos de la legítima defensa: priva el acto de su ilicitud civil.

* Estado de necesidad: Constituye una coacción derivada de circunstancias externas que nadie ha provocado deliberadamente, ya que para evitar un mal mayor a su persona o bienes, se causa un daño a otro que no es autor del peligro. Requisitos:
	+ Peligro actual o inminente de sufrir un daño en la persona o en las cosas.
	+ No debe ser imputable al autor del daño y no debe estar obligado a soportarlo.
	+ El daño causado debe ser patrimonial: no se podría admitir un daño a la persona o vida.
	+ No debe existir otra forma de eludir el peligro.
	+ El daño que se evita debe ser cualitativa o cuantitativamente superior al que se ocasiona, ya que de lo contrario se generaría un exceso en el estado de necesidad.
	+ El necesitado no debe tener la obligación de sacrificarse o asumir los efectos del mal.

Efectos:

* + Tesis de la no resarcibilidad, debido a la licitud o necesidad del acto.
	+ Tesis de la obligación de resarcir. Pese a la licitud del acto, considera que de no mediar reparación se generaría un enriquecimiento sin causa en el autor, una especie de expropiación privada, o una violación al principio de equidad.
* Justicia personal o autoayuda: Queda absorbida por la legítima defensa o el estado de necesidad.
* Ejercicio regular de un derecho propio y cumplimiento de un deber legal: Art. 1071 CC. El ejercicio debe ser regular ya que la ley no ampara el ejercicio abusivo.
* Obediencia debida: Se da cuando se perpetra un ilícito cumpliendo órdenes de un superior jerárquico. Requisitos:
	+ Relación jerárquica entre quien imparte la orden y quien la recibe.
	+ Debe tratarse de un funcionario competente para despachar la orden de que se trate.
	+ La obligación debe estar vinculada a las que normalmente le corresponden al subordinado.
	+ El mandato debe satisfacer las exigencias de legitimidad formal, aunque el subordinado no está legitimado a priori para revisar la legitimidad o ilegitimidad de las órdenes de sus superiores.
	+ El contenido de la orden no ha de ser manifiestamente delictivo.
* El consentimiento del damnificado, dentro de los límites de la ley.
* La aceptación de los riesgos. La diferencia entre esta causa y la anterior es que en este caso no se acepta un daño actual sino la exposición a ese daño.

**UNIDAD 6: LA RELACION DE CAUSALIDAD:**

Consiste en la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido. Vincula materialmente, de manera directa, al ilícito con el daño, y en forma indirecta a éste con el factor de atribución. La comprobación de la relación de causalidad no importa responsabilidad civil, sino que es uno de sus elementos, ajeno a toda valoración acerca de la reprochabilidad de la acción.

Este es el 2° elemento que debe ser ponderado después del daño para continuar con el análisis de los elementos de la responsabilidad, inclusive de la culpabilidad. Si bien ambos elementos se basan en la idea de previsibilidad, mientras que en la relación causal se analiza en abstracto, la culpabilidad se pondera en concreto. Se distingue de la condición porque ésta es un mero antecedente del resultado que se produce; para tener el carácter de cusa jurídica es necesario que la condición tenga una entidad especial que la haga adecuada para producir ese resultado –no toda condición es causa. La ocasión es lo que facilita o potencia la aptitud de la causa. La causa tiene una doble función:

* Autoría: permite individualizar al sujeto que debe responder. La autoría del daño es distinta de la de la conducta dañosa: la 1° es una noción más amplia, ya que abarca tanto al dolor causado personalmente como al causado por un sujeto o cosa por la cual se debe responder.
* Adecuación: Permite determinar la extensión del resarcimiento mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias. Es decir, determina si el daño debe ser reparado y en qué extensión.

Teorías sobre la relación de causalidad:

* Teoría de la equivalencia de las condiciones: Todas las condiciones que contribuyen a producir un daño tienen un mismo valor, porque la falta de cualquiera de ellas determina su no causación. Es decir que cada una de las condiciones puede considerarse causa del daño.
* Teoría de la causa próxima: Asigna carácter de causa a la condición que se presenta más próxima al resultado dañoso en el orden cronológico.
* Teoría de la condición preponderante y de la condición eficiente: La 1° sostiene que la causa del daño es la condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y desfavorables para su producción. La 2° considera como causa a la condición con mayor poder intrínseco para la causación del fenómeno.
* Teoría de la causa adecuada: Tiene en cuenta, no lo sucedido en el caso en concreto, sino lo que sucede conforme al curso normal y ordinario de las cosas. La adecuación se mide en función a la posibilidad y probabilidad de un resultado. Es decir, que analiza las condiciones en abstracto y selecciona como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tiene aptitud para generar el resultado según las reglas normales de la experiencia. Para imponer la obligación de reparar el daño no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición indispensable para la producción del daño sino que es necesario además que en virtud de un juicio de probabilidad resulte una causa adecuada para ello.

Esta última es la que más se adecúa al régimen CC, donde, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, se rompe la identidad entre quien ha causado efectivamente el perjuicio y quien debe soportarlo.

El CC clasifica las consecuencias de los hechos en:

1. Inmediatas: Son las que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. La inmediatez no deriva de la cercanía temporal o espacial con el hecho generador sino por la ausencia de hechos intermedios. La previsibilidad está implícita en ellas.
2. Mediatas: Resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, es decir, es la conjunción de dos hechos que producen el resultado. Estas consecuencias son imputables al autor del hecho cuando las hubiese previsto o cuando, empleando la debida atención, hubiese debido preveerlas.
3. Casuales: Son consecuencias mediatas que no pueden preveerse. No son imputables salvo cuando el autor del hecho las hubiera previsto de manera concreta, en función de las circunstancias del caso, y actuó teniendo en miras ese resultado.
4. Remotas: Son tan alejadas del hecho originario que no son imputables.

Prueba de la relación causal: Pesa sobre quién reclama la reparación del daño, contractual o extracontractual.

Interrupción del nexo causal: La teoría de la causalidad adecuada admite la existencia de concausas, las cuales se dan cuando el nexo de causalidad entre la conducta del autor y el daño no se da en forma total sino parcial. La ausencia total o parcial de la relación, genera la ausencia total o parcial de responsabilidad civil. La doctrina denomina las situaciones que provocan la interrupción del nexo “eximentes”:

1. Hecho de la víctima: Art. 1111 CC: *El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna*. Nada obsta a que el hecho de la víctima también tenga solo incidencia parcial. Esto se aplica tanto en la órbita contractual como en la extracontractual. La incidencia del hecho de la víctima debe ser valorada al momento en que se produce el hecho generador del daño. Requisitos:
	1. El hecho de la víctima debe incidir en el daño como causa exclusiva o concausa.
	2. Algunos exigen la culpa en la conducta de la víctima. Para otros basta el mero hecho de la víctima, ya que no se busca ponderar culpas sino autorías materiales.
	3. Hecho no imputable al demandado, objetiva o subjetivamente.

A esto se vincula la “aceptación de riesgos” la cual se da cuando la víctima, consiente o inconsientemente, asume las posibles consecuencias dañosas de un hecho determinado. Muchos autores consideran que esa aceptación libera al dañador de la obligación de resarcir. Otros consideran que lo hace solo en la medida en que dicha aceptación configure un “hecho de la víctima”.

*Efectos del hecho de la víctima:*

* Hecho exclusivo de la víctima: Exime plenamente de responsabilidad al demandado.
* Concurrencia del hecho de la víctima con culpa probada o presumida del lesionante: Ambos se distribuyen las consecuencias dañosas y las soportan en función de la distinta incidencia causal que hayan tenido en la producción del resultado. Nuestro CC no regula esta situación, pero se considera que el demandado y la víctima deben soportar el detrimento en la medida en que causalmente lo hayan producido. Solo cuando no sea posible determinar cuál de las dos acciones ha influído principalmente, procede la distribución paritaria.
* Concurrencia del hecho de la víctima con el dolo del demandando: El dolo del dañador absorbe el hecho culpable o no de la víctima.
* Concurrencia de dolo de la víctima y demandado: Debe repararse en función a la incidencia que cada conducta dolosa pueda haber tenido en la producción del resultado.
* Concurrencia del hecho de la víctima y del riesgo creado: Cuando el daño es producto del hecho exclusivo de la víctima, queda sin efecto la presunción de responsabilidad. Si la incidencia de la conducta de la víctima es solo parcial, la presunción de responsabilidad se debe reducir en función a dicha incidencia.
1. El hecho de un 3° extraño por quien no se debe responder: El nexo causal se interrumpe total o parcialmente y la atribución material del menoscabo se desplaza hacia el 3° (persona distinta del demandado y de la víctima). Para que se desvirtúe el nexo, debe tratarse de un 3° por el cual no se debe responder, de modo que quedan afuera de esta causal de eximición:
	1. Daños causados por los dependientes en ocasión o ejercicio de sus funciones;
	2. Daños causados por personas que entran en contacto con la cosa por voluntad expresa o presunta del dueño o guardián.
	3. Fabricante del producto que causa el daño (sigue siendo demandado el dueño o guardián).
	4. El guardián de la cosa es un 3° por el cual debe responder el dueño.
	5. Personas por cuyo hecho se debe legalmente responder.
	6. Auxiliares introducidos por el deudor para ejecutar la obligación.

La carga de la prueba recae sobre quién invoca el hecho del 3°: debe probar la incidencia causal del hecho del 3°, no es necesaria su culpa pero sí que el hecho no sea imputable al demandado. Efectos:

* Hecho exclusivo del 3°: Provoca la eximición total del demandado.
* Concurrencia del hecho del 3° con la culpa probada o presumida del demandado: De concurrir la culpa del 3° con la del demandado, ambos deben responder solidariamente ante la víctima y luego ejercitar las acciones de regreso pertinentes. Si la culpa demandado concurre con el hecho inculpable del 3°, se debe reducir el monto indemnizatorio a cargo del demandado.
* Hecho o culpa del 3° concurrente con el riesgo creado del demandado: Algunos niegan toda relevancia al hecho del 3° frente a la víctima. Otros, con base al Art. 1113 CC le dan plena relevancia a tal hecho.
1. Caso fortuito o fuerza mayor: El 1° es aquel hecho que no ha podido preveerse, o siendo previsto no ha podido evitarse. Se aplica tanto en materia contractual como aquiliana, provocando la destrucción del nexo causal. En el campo obligacional extingue la obligación por imposibilidad sobrevenida y exime al deudor de responsabilidad por incumplimiento. En el ámbito aquiliano exime al responsable. La fuerza mayor no es definida por el CC, considerando la doctrina mayoritaria que ambas son expresiones equivalentes y producen los mismos efectos. El caso fortuito debe ser:
	1. Imprevisible, conforme al curso normal y ordinario de las cosas. La previsibilidad se analiza desde un punto de vista objetivo.
	2. Inevitable: no puede ser contrarrestado por el sujeto.
	3. Actual: no debe ser una mera amenaza o imposibilidad eventual.
	4. Ajeno al presunto responsable. En los casos de responsabilidad objetiva debe ser totalmente ajeno al riesgo o vicio de la cosa o de la actividad desplegada.
	5. Sobrevenido: En materia obligacional debe ser sobreviniente al nacimiento de la obligación.
	6. Obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación –no una mera dificultad.

El caso fortuito no se presume y debe ser alegado y probado por quien lo alega, rigiendo la amplitud de los medios probatorios. Cuando el caso fortuito es la causa exclusiva del daño se produce la destrucción del nexo de causalidad, pero si se trata de una imposibilidad temporaria el deudor deberá cumplir cuando desaparezca el obstáculo, siempre que la prestación sea aún útil. En caso de concurrencia del agente y el caso fortuito el juez deberá atenuar su responsabilidad. La misma solución opera en caso de concurrencia con el riesgo de la cosa. Situaciones excepcionales:

* Asunción convencional del caso fortuito por el deudor.
* Caso fortuito provocado por culpa del deudor.
* Caso fortuito sobreviniente a la constitución en mora.
* Supuestos de excepción en los que la ley impide invocar el caso fortuito como causa de liberación o de eximición de responsabilidad civil.

**UNIDAD 7: LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN:**

Son las razones que justifican la responsabilidad, ya que, demostrada la producción de un daño y que el mismo ha sido causado adecuadamente por una persona o personas o cosas a su cargo, es necesario emitir un juicio de valor que permita determinar si debe o no responder. Los factores pueden ser subjetivos u objetivos. Los 1° se vinculan con la culpabilidad y se apoyan en la reprochabilidad de la conducta del responsable, a título de dolo o culpa. Entre los 2° se encuentra: la garantía, el riesgo creado, el abuso de D, etc. Para determinar el tipo de factor aplicable se atiende a la eximente: la responsabilidad es subjetiva, cuando el demandado puede liberarse cuando actúa sin culpa. En cambio, si no se acepta la prueba de la propia diligencia como eliminatoria de responsabilidad, esta es objetiva. La Ley 17711 incluyó en nuestro sistema a los factores objetivos, los cuales fueron ampliados por la doctrina y jurisprudencia.

**Factores subjetivos:** La culpabilidad exige valorar la actitud del sujeto que ha ejecutado el ilícito en confrontación al comportamiento exigible en el caso. Es decir, que consiste en un juicio de reproche contra el autor de un hecho antijurídico. Es presupuesto de la culpabilidad la imputabilidad: la facultad del sujeto de comprender la licitud o ilicitud de las propias acciones, y de gobernar la conducta acorde con esa comprensión. Todos los sujetos son imputables salvo que concurra una causa de inimputabilidad:

1. Minoridad: Para los ilícitos es hasta los 10 años.
2. Enfermedad mental, haya sido o no declarada la demencia.
3. Privación accidental de la razón, por una patología endógena o factores exógenos.
4. El CC regula expresamente la ausencia de discernimiento, y establece que no se reputará involuntario el acto ilícito practicado por dementes en intervalos lúcidos.

- *El dolo:* A los efectos de la responsabilidad civil no se analiza el dolo como vicio de la voluntad sino como factor de atribución consistente en la producción intencional de un daño extracontractual o en la inejecución voluntaria de una obligación previamente asumida, que puede generar un daño al acreedor. El dolo requiere que el hecho ilícito haya sido realizado:

* A sabiendas.
* Con la intención de dañar al otro. En el dolo directo la intención de dañar es el fin inmediato de la conducta. en el indirecto es el resultado inexorable de una conducta emprendida con un fin distinto. En el dolo eventual, el agente actúa con indiferencia sobre la producción de la consecuencia dañosa. La intención de dañar no consiste en el deseo de hacerlo sino en el conocimiento de que se daña.

El dolo del deudor lo hace responsable de los daños derivados del incumplimiento de la obligación. Y si bien el CC regula también la inejecución maliciosa. Esta también se refiere al propósito de no cumplir con la obligación, aunque no haya propósito de perjudicar al acreedor.

- *La culpa:* Existe culpa cuando un resultado objetivamente previsible no se ha previsto o no se ha evitado porque el sujeto actuó con descuido o sin la debida prudencia. No existe la voluntad de dañar pero no se prevé un resultado dañoso previsible o no se adoptan las precauciones requeridas para evitarlo. Modalidades:

* Negligencia: Descuido o falta de atención.
* Imprudencia: Omisión de precauciones o asunción de riesgos indebidos.
* Impericia: Negligencia o imprudencia de quien, por su trabajo o profesión, se supone capacitado para adoptar los recaudos técnicos que impidan la producción del daño.
* Incumplimiento de los deberes del arte o profesión.

A diferencia de lo que sucedía en el Derecho Romano, donde existía un sistema de graduación de la culpa, en nuestro Derecho esta es un concepto único y sin categorías. La culpa se puede apreciar:

* En abstracto: Comparación de la culpa de un sujeto con un patrón genérico de comportamiento.
* En concreto: Se la analiza en función a la obligación transgredida y las circunstancias del caso.

De acuerdo con el Art 909CC la ley contempla una previsibilidad común o media de modo que no servirá de excusa una inferior condición intelectual del sujeto. En cambio, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas, mayor será la responsabilidad. Para valorarla culpa hay que tener en cuenta la naturaleza de la obligación violada y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

La culpa se determina independientemente de hechos psíquicos, como l ignorancia efectiva de sujeto, y se configura cuando, acorde con datos objetivos, el sujeto pudo y debió –por lo tanto- informarse adecuadamente sobre las diligencias idóneas para impedir el daño.

La doctrina mayoritaria considera que la culpa civil y penal es una sola, siendo comunes las clases de culpa que se valoran en ambas ramas del D. La diferencia reside en los parámetros a tener en cuenta por el juez para determinar la culpabilidad: en el sistema penal pone en el centro al autor del hecho, en cambio, en la responsabilidad civil, la mirada se dirige a la víctima y el daño injustamente sufrido. Es decir que es en la práctica donde la culpa civil y la penal operan de formas distintas. Tampoco se advierten diferencias en la culpa contractual o extracontractual.

La consecuencia resarcitoria tampoco varía si se trata de casos de culpa o dolo. La existencia de dolo o culpa tiene relevancia en los siguientes supuestos:

1. Si hay dolo, en la responsabilidad contractual, se responde por las consecuencias mediatas, si hay culpa solo por las inmediatas.
2. El dolo puede permitir imputar consecuencias casuales.
3. En sistemas tarifados, el dolo fundamenta la responsabilidad integral.
4. El dolo obsta la posibilidad de reducir equitativamente la indemnización.
5. No cabe excluir o limitar anticipadamente la responsabilidad por hechos dolosos.

Prueba de la culpa: La culpa debe ser probada por la víctima que la invoca como fundamento de la responsabilidad subjetiva del demandado. Lógicamente, esa prueba no es necesaria cuando rige un factor objetivo de atribución. La prueba se suele realizar acreditando las características del hecho lesivo, que permitan elaborar un juicio de reprochabilidad contra su autor. Se admiten como prueba las presunciones judiciales o legales, trasladándose en este último caso la carga de la prueba al demandado para que demuestre lo contrario –si no se admite esto es un caso de responsabilidad objetiva. Son ej. de presunciones:

* Responsabilidad de los titulares de actividad por los daños causados por los menores o incapaces a ellos subordinados.
* Responsabilidad del dueño o guardián por daños causados por cosas inanimadas, no riesgosas ni viciosas.
* Responsabilidad del propietario o tenedor por daños causados por un animal doméstico.
* Responsabilidad del deudor por una obligación de medios.

Factores excluyentes de la culpabilidad:

* Error –falso conocimiento- o ignorancia –ausencia de conocimiento-: Afecta el aspecto cognitivo y elimina la intención. Puede ser espontáneo o provocado por dolo que induce a daño. Para que exima de responsabilidad, debe ser de hecho –la ignorancia de las leyes no sirve de excusa-, esencial y excusable –no debe provenir de la falta de atención o cuidado.
* Intimidación: Afecta el elemento volitivo y elimina la libertad, porque genera miedo o violencia moral que afecta la espontaneidad del dañador. Es decir, que el acto es voluntario pero viciado. Se da cuando se inspire un temor fundado a sufrir un mal grave e inminente en su persona, libertad, honra o bienes o de su cónyuge, descendientes, ascendientes, legítimos o ilegítimos.
* Fuerza física irresistible: El sujeto no obra como tal sino como instrumento material de otro.

Dispensa de culpabilidad: Implica una anticipada y consensuada liberación de responsabilidad subjetiva por el daño derivado de una conducta reprochable. Solo opera en materia contractual, considerándose contraria a la moral y orden público la dispensa irrestricta o la que comprende la conducta dolosa del autor. En las dispensas inválidas, se considera que la nulidad afecta solo a las cláusulas excluyentes de responsabilidad.

Hay culpa exclusiva de la víctima cuando una falta del damnificado ha causado el daño. Hay culpa concurrente cuando en la causación del perjuicio han participado el damnificado y otro sujeto. En este caso se debe reducir proporcionalmente el monto indemnizatorio, en función al accionar de la víctima y no de la reprochabilidad de esa causación, la cual es indiferente.

**Factores objetivos**: Justifican la responsabilidad con independencia de la subjetividad del obligado, en base a la garantía, el riesgo, la equidad, el abuso de D y la igualdad ante las cargas públicas. Responsabilidad objetiva por autoría propia:

* Reparación daño causado involuntariamente (equidad).
* Responsabilidad daño por ejercicio abusivo D.
* Obligación de resarcir el daño causado en estado de necesidad.
* Responsabilidad de los partícipes en la actividad riesgosa de un grupo.
* Responsabilidad de un deudor de una obligación de resultado.

Responsabilidad objetiva por autoría ajena:

* Responsabilidad del principal o comitente por el hecho de sus dependientes.
* Responsabilidad dueño o guardián por riesgo o vicio de la cosa.
* Responsabilidad del titular de una actividad riesgosa.
* Responsabilidad por daños causados por animales feroces.
* Responsabilidad por el perjuicio inferido por un agente no identificado de un grupo determinado.
* Responsabilidad del deudor por el hecho de personas a quienes da intervención en la ejecución de la prestación prometida.

Garantía como factor de atribución: Implica la seguridad que alguien le brinda a un 3° de que, si se produce un daño en ciertas circunstancias, afrontará su resarcimiento. En consecuencia, no solo genera consecuencias resarcitorias por el daño sino también la obligación de evitar su ocurrencia. La responsabilidad surge aún cuando el demandado demuestre que desplegó gestiones de cuidado diligentes, ya que se considera a la seguridad como un resultado. Este factor se suele basar en la idea de que el responsable tiene poder y control sobre la actividad, mientras que las víctimas se encuentran indefensas. Por eso, es el que se encontraba en mejores condiciones de contratar un seguro para cubrir los eventuales riesgos. En materia contractual la garantía se exterioriza a través de una obligación de seguridad, principal o accesoria. Casos:

1. El transportador no solo se obliga a conducir al pasajero a destino, también que llegue sano y salvo.
2. Un escribano tiene una obligación de resultado en cuanto a la inscripción puntual en el registro de una compraventa.
3. El hotelero responde por los daños en la integridad de las personas alojadas y sus bienes.
4. Los organizadores de espectáculos públicos, tienen un deber de seguridad frente al público.
5. Los dueños de los parques de diversiones, por los daños de juegos aún no peligrosos.
6. Los concesionarios de rutas por peaje por los daños sufridos al transitarlas

También puede darse en materia aquiliana, independientemente un vínculo entre las partes:

1. Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y la del deudor por el obrar de personas a las que les confiere intervención para cumplir con la prestación.
2. Responsabilidad de propietarios de centros educativos.
3. Deber resarcitorio de las entidades participantes en espectáculos deportivos por perjuicios ocasionados en los estadios.
4. Responsabilidad por productos elaborados, aunque el fabricante no contrate con el consumidor.

*Obligaciones de medio y de resultado:* Si el principio de no dañar funciona como una seguridad que se brinca, la obligación es de resultado y la responsabilidad objetiva. En cambio, si solo impone una gestión, la obligación es de medios y la responsabilidad es atribuida subjetivamente. Con frecuencia, en las obligaciones de medio operan presunciones judiciales de culpa, debiendo el demandado probar la adopción de las debidas diligencias. En cambio, en las obligaciones de resultado las causas exoneratorias son limitadas al caso fortuiro, hechos de la víctima o de 3° por quienes no se debe responder.

El riesgo creado como factor de atribución: Supone la introducción en la comunidad de alguna situación que potencia o multiplica la posibilidad de que resulten perjuicios, es decir, agrava el peligro de dañar. No es una mera posibilidad, sino una probabilidad, que disminuye la seguridad de la que podían gozar los demás. El daño resultante debe ser asumido por el autor del riesgo, imponiéndole un deber resarcitorio hacia la víctima, ya que es quien se encuentra en mejores condiciones para evitar el suceso lesivo. Se aplica tanto en el ámbito contractual como extracontractual.

En algunos casos, además del riesgo creado, se exige que el autor del riesgo se beneficie con la obtención de réditos económicos. Puede ocurrir también que alguien se beneficie del daño sin haberlo causado, considerándose entonces justo imponerles responsabilidad.

El riesgo creado justifica el deber de responder, cualquiera sea su modalidad: cualitativa (situaciones o cosas intrínsecamente peligrosas) o cuantitativa (emprendimientos aparentemente inofensivos que hacen previsible ciertos daños cuando revisten una determinada magnitud).

La diferencia entre el riesgo y la culpabilidad radica en que el riesgo se basa en la injusticia del daño resultante, mientras que en la culpa se agrega un reproche subjetivo sobre la conducta del obligado.

La equidad como factor de atribución: Consiste en una forma de justicia ajustada a las especiales circunstancias de cada caso, que las normas generales no pueden prever con exactitud. Casos:

* Daño causado involutariamente: se valora el patrimonio del autor y la situación personal de la víctima.
* Daño necesario (mal mayor inminente).
* Daño causado a una víctima inocente en el despliegue de una actividad lícita y de interés comunitario: equitativamente la responsabilidad se debe distribuir entre la sociedad.
* Perjuicio sufrido por quién espontáneamente presta un auxilio necesario a un 3°.

El abuso del Derecho como factor de atribución: El acto abusivo respeta formalmente los límites fijados por la nroma para el ejercicio de un derecho, pero es antifuncional por oponerse a la razón por la cual ese derecho fue reconocido. Es decir que es ilícito no solo el acto contrario a la letra de la ley sino también el incompatible con sus fines. Quien ejerce abusivamente un derecho en realidad no ejerce derecho alguno.

La igualdad ante las cargas públicas como factor de atribución.

**UNIDAD 8: PROBLEMAS CONCERNIENTES A LA CUANTIFICACION DE INDEMNIZACIONES:**

**Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?**

I.- El problema de los daños personales y el (escueto) marco legal implicado: Los términos “daños a la persona” y “daños personales”, como denominación de categorías jurídicas definidas, son relativamente recientes. El término “daños personales” se lo usa para aquellos daños relacionados con lesiones físicas o psíquicas o aquellos vinculados a la esfera extrapatrimonial del damnificado, incluyendo a los sufridos de modo “indirecto”, por personas distintas de la víctima que fallece en un hecho dañoso o sufre una de las “grandes discapacidades”. En Arg algunos Arts. del CC son la referencia normativa básica del problema: Art. 1068, definición general de “daño”; Art. 1069, ordena la reparación del “lucro cesante”; Arts. 1084 y 1085, si se trata de los daños que reclaman personas vivas, por muerte de otro, y 1086 si están involucrados daños sufridos por el reclamante; Arts. 1078 y 10789, daños de naturaleza no patrimonial, y el 522, para los contractuales.

II.- Cuestiones terminológicas y conceptuales: El problema suele verse oscurecido por complicaciones terminológicas y conceptuales. Las 1° refieren a los desacuerdos que surgen, por ejemplo, cuando dos personas emplean un mismo término para designar distintos conceptos. Por ej., algunos juristas consideran lícito emplear el término “lucro cesante” (pero no “incapacidad”), en las mismas condiciones que otros consideran correcto emplearlos como sinónimos. Otra fuente de confusiones es la discrepancia acerca del alcance de los conceptos y sus relaciones. Se discute, por ej., si la vida humana tiene o no valor económico.

III.- El Empleo de Fórmulas

III.1.- La Cámara Nacional del Trabajo y la reacción de la CSJN: El fallo “Vuoto c Telefunken” (1978)4, popularizó el empleo de fórmulas actuariales, con importantes resistencias de la CSJN, en fallos como “Puddu c. Sequenza” o “Prille de Nicolini c. SEGBA”, donde sostuvo que "...el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante la comprensión integral de los valores materiales y espirituales...". En "Fernández c. Ballejo" sienta la posición que mantiene luego “…para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular".

Formula Vuoto:

C = capital a determinar

A = ganancia afectada, para cada período. Los períodos considerados pueden variar (pueden ser, por ejemplo, mensuales o anuales). Si el hecho deja a la víctima con una incapacidad total y permanente, se suele considerar que la privación de ganancia es del total de su ingreso. Si, en cambio, la incapacidad es parcial, se suele extraer el producto de la incapacidad por la ganancia obtenida por la víctima.

i = tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada.

n: períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o expectativa de vida presunta de la víctima (es una determinación judicial y no tiene por que coincidir con la edad jubilatoria).

II.2.- La evolución de la Jurisprudencia de la SCBA: En “Nicola, Daniel Victorio contra Nicola, Aldo Andrés. Accidente”, dispone: “...los tribunales…no están constreñidos a la observancia de fórmula matemática alguna para determinar el importe indemnizatorio…, pero … no se encuentran eximidos de brindar los fundamentos y las razones que justifican porqué se arriba a determinado importe que se considera justo y no a otro … , y que permita, en suma, como todo acto jurisdiccional válido, conocer la legalidad del mismo...”

En "De Cuadro, Marcela contra Crealina S.R.L. Accidente" (1997) sostuvo que el empleo de fórmulas es una facultad privativa del juez y en “Saidman, Marta Juana contra Provincia de Buenos Aires. Dirección General de Escuelas y Cultura. Accidente” (2000) sostiene: “… mal puede sostenerse que la utilización de una fórmula matemática como la escogida conduzca a un resultado absurdo y violatorio del recordado sistema de la reparación integral. Esa fórmula, en las particulares condiciones de autos en que nada se invocó ni probó respecto de las condiciones personales de la víctima, se exhibe como el único camino existente para posibilitar la valuación del daño”.

Esto fue ratificado en “Domínguez contra Sanatorio Modelo de Quilmes S.A.” (abril de 2004).

IV.- Las Críticas Doctrinarias al Empleo de Fórmulas:

* La fórmula es de tal simpleza que resulta técnicamente inadecuada
* La incapacidad o valor vida resarcible no es sólo laborativa;
* Se consideran relevantes otros factores (aparte de los ingresos) para la estimación del monto;
* Existen dificultades para la prueba de los ingresos
* Se verifican grandes variaciones entre pleno empleo y desempleo, lo que no permite inferir válidamente que la situación actual se extienda indefinidamente en el tiempo.

Ese tipo de objeciones, no constituyen, sin embargo, críticas relevantes al empleo de fórmulas sino apenas sugerencias en cuanto a la definición de algunas de sus variables o sobre la determinación de las relaciones relevantes. No hay en esas presuntas refutaciones nada que una fórmula no pueda captar.

Una réplica adicional podría consistir en atacar, directamente, el núcleo de la idea implicada en este tipo de procedimientos de cuantificación. El mecanismo sentado en Vuoto desarrolla sólo una de las posibilidades de cuantificación: el “método del capital humano”. Otros defienden los métodos “de la disposición a pagar por el riesgo”, o “de equivalencia del riesgo”, “método de los salarios hedónicos”, o “del valor estadístico de la vida”. Aquí se hay dos discusiones: una, sobre el método de cuantificación preferible. Otra, sobre la expresión de las motivaciones de la sentencias. No trataré aquí en detalle la primera, y tampoco indagaré en la bondad de otros métodos de cuantificación no judiciales (baremos, techos o topes legales, etc.).

V.- ¿Qué es una fórmula (y para qué se utiliza)?: El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española indica: “Mat. Ecuación o regla que relaciona objetos matemáticos o cantidades”. Es un modo formal de expresar las relaciones entre entidades matemáticas (como lo son las cantidades).

La CSJN al afirmar, “...no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima como con los damnificados”, pareciera abogar por un retorno a la exposición retórica de los razonamientos matemáticos, no por su abolición. “Considerar” y “relacionar” las diversas variables relevantes en las que están involucradas cantidades, para arribar a un resultado cuantitativo definido, es lo que hace el álgebra. Rechazar que el razonamiento matemático, como fundamento de una decisión judicial, se exprese en fórmulas, pareciera asumir implícitamente la superioridad (para los fines jurídicos) de la expresión retórica por sobre la simbólica.

El problema es que, en las sentencias que rechazan el empleo de fórmulas, se omite algo más que el mero recuso del lenguaje simbólico: se omite también explicitar qué tipo de relación se tuvo en cuenta al correlacionar esas variables. Y a veces, se pretende que la mera mención de ciertas variables sustituye ese requisito de comunicación de los razonamientos. Lo anterior no implica afirmar que las fórmulas tienen resultados únicos, mientras que las expresiones retóricas tienen resultados múltiples. Tampoco que, las primeras representen funciones lineales y las segundas, no lineales. Pero las fórmulas exponen con claridad un razonamiento, de modo que sea difícil considerar que el mismo encubre una arbitrariedad.

Suele alegarse que una fórmula única no puede aplicarse a todos los casos y que ello autoriza a no aplicar ninguna. Pero renunciar a la posibilidad de emplear algún modo general de relacionar las variables relevantes, parece llevar a renunciar también a la vigencia de algún grado de generalidad aceptable en las normas jurídicas empleadas para estos propósitos.

El rechazo al empleo de fórmulas tiene dos flancos inconvenientes de diferente gravedad:

1. Si en la determinación de las indemnizaciones hay implicadas relaciones cuantitativas de una mínima complejidad (como ocurre, en general, en la determinación de la indemnización por incapacidad), rechazar el empleo de fórmulas en la expresión de una sentencia, y preferir, a cambio, una detallada explicitación retórica del razonamiento, constituye retroceso en la historia del pensamiento
2. Si, al contrario, lo que se rechaza no es sólo el empleo de expresiones simbólicas sino también la explicitación (aún retórica) de las relaciones que efectivamente tomaron parte en el razonamiento que dio por resultado una determinación cuantitativa, esta posición pasa a constituirse en un pretexto funcionalmente positivo con un tipo grave de arbitrariedad.

El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión, científica o jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas contribuye simplemente a la honestidad intelectual. No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo alguno.

VI.- Las relaciones entre el contenido de los conceptos indemnizables y las ventajas del empleo de fórmulas: Se acepta que los conceptos considerados “extrapatrimoniales” presentan dificultades de determinación diferentes a aquellos “patrimoniales”. Con relación a estos últimos, suele admitirse que es adecuado emplear un razonamiento estándar. Este tipo de procedimientos no parece automáticamente trasvasable a los conceptos extrapatrimoniales. La dificultad inicial es encontrar algún valor de referencia para una pérdida que no tiene un correlato patrimonial directo.

Si solo se admite utilizar un procedimiento único de determinación cuantitativa que abarque todos esos componentes a la vez, parece difícil encontrar algún procedimiento que se adecue a la determinación de ambos tipos de componentes. Ante esto, una alternativa consiste en rechazar todo procedimiento secuencial de determinación y decidir un valor para todo el rubro mediante una instancia intuitiva única e indivisible.

Las fórmulas, precisamente, constituyen expresiones de procedimientos del primer tipo: secuenciales. Exponen cada paso de un razonamiento que involucra cantidades. Al contrario, un acto de intuición indivisible que dé por resultado una cifra, no puede expresarse más que mediante fórmulas tan triviales como “i = (cualquier cantidad)”, sea cual fuera el número de condiciones que se declame haber tomado en cuenta, si no se expresa unívocamente cual es la incidencia de esas premisas en el resultado cuantitativo al que se arribe.

Cuando restringen los procedimientos de determinación cuantitativa a una instancia intuitiva única e indivisible, excluyen injustificadamente el mejor procedimiento posible para determinar el valor de los componentes patrimoniales. En sistemas “abiertos” como el argentino, que no contienen limitaciones específicas a la legitimación de la víctima para reclamar por cualquier concepto, parecen acarrear esas desventajas sin aportar beneficio alguno.

VII.- Las ideas de “incapacidad” y de “lucro cesante” como componentes de los daños personales: Sostuvo la CSJN: “…la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por si misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida que en este caso alcanza restricciones casi absolutas. Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia de lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad...”31

El lucro cesante, se relacionaría con aquellas ganancias que la víctima se priva de percibir como consecuencia de un hecho dañoso y que, en general, se estiman sobre elementos disponibles a la época precedente al hecho. Con la incapacidad, se abren varias posibilidades conceptuales:

1. Negar que la distinción entre “daño patrimonial” y “daño extrapatrimonial” sea la suma divisio de los conceptos indemnizables. En este orden de ideas, la “incapacidad” bien podría ser un tertium genus, dado que los dos precedentes no agotarían el primer nivel de distinciones que podría efectuarse sobre aquellos. Para algunos de sus seguidores, la incapacidad abarcaría elementos tradicionalmente considerados patrimoniales y otros, extrapatrimoniales.
2. Mantener la distinción tradicional entre “daño patrimonial” y “daño extrapatrimonial”. De seguir esta línea, al daño físico que produzca una incapacidad, podrán tener consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales. Se presenta entonces el problema de ubicar la “incapacidad”, dentro del daño patrimonial. Nuevamente puede hacerse una división exhaustiva de este último, ahora entre “daño emergente” y “lucro cesante” o rechazar el carácter exhaustivo de esta partición. Si se opta por lo segundo, la idea restringida de incapacidad podría concurrir, junto con los conceptos daño emergente y lucro cesante, a conformar el daño patrimonial, en paridad de nivel. Si se conserva el carácter exhaustivo de la distinción entre daño emergente y lucro cesante- podría aceptarse un concepto amplio de lucro cesante conformado, a su vez, por el lucro cesante stricto sensu, y también por la incapacidad, entendida esta en sentido también estricto. Ambos rubros serían variantes de una idea más abarcativa de “lucro cesante” entendida en sentido amplio: designarían la indemnización por ganancias futuras previsibles que se frustrarían. La diferencia estaría dada en que el “lucro cesante stricto sensu” sería más fácilmente reconocible y más sencillamente cuantificable. La incapacidad, en cambio, estaría asociada a algún lucro cesante más vago y difícil de cuantificar.
3. La incapacidad es daño patrimonial, pero no un componente del lucro cesante, sino un componente del daño emergente

A veces, es claro que un hecho dañoso produce a la víctima una disminución de alguna potencialidad para generar ganancias, a través de un desmedro físico o psíquico. Pero en ciertos casos puede resultar improbable que esa potencialidad fuera a actualizarse aún si no hubiera ocurrido el hecho dañoso. Si es así, podría pensarse que no tiene sentido concluir que la víctima sufrió alguna privación de ingresos futuros que pudiera atribuirse a ese hecho. Quienes se oponen a esto afirman, por ej., que realizar las mismas tareas cuesta más a la víctima luego de la lesión, que antes de ella. O que, si bien no afecta esa tarea en la que está enrolado, afecta en cambio otras actividades (domésticas, etc.) cuya sustitución, a través de otras personas u otras vías, tiene un costo monetario explícito.

Supongamos que una persona tiene alguna capacidad productiva en su estado previo a un hecho dañoso. Esa capacidad puede emplearse para diversas actividades. Supongamos ahora que el hecho dañoso afecta en alguna dimensión y en alguna medida esa capacidad: la “máquina” psico-física del damnificado, globalmente considerada, sufrió un detrimento. Quizás el damnificado, nunca hubiera decidido usar esa dimensión de sus potencialidades para obtener ingresos. Pero ello no implica que no corresponda indemnizar esa pérdida de valor. Simplemente, porque la decisión acerca del empleo de ese bien está excluida de consideración externa.

Estas ideas no intentan sostener una visión patrimonialista de los daños personales, sino recortar un concepto específico (la incapacidad) dentro de aquel género (los daños personales) que, considerado globalmente, conjuga aspectos patrimoniales y no patrimoniales. La asimilación de la capacidad productiva de la persona con la propiedad sobre un objeto material con valor de mercado, no es un argumento para justificar la indemnización de daños personales en general. Constituye, al contrario, un argumento para explicar por qué resulta plausible indemnizar a título de rubros comprendidos dentro del daño patrimonial y además de la indemnización de todos los rubros extrapatrimoniales que correspondan aquellas incapacidades que previsiblemente no redundarán en lucro cesante alguno.

El rubro en cuestión debería considerarse incluido en la partida más abarcativa del “daño emergente”. Las ganancias potencialmente dejadas de percibir de modo permanente, así, no serían nada autónomo, ni se identificarían con el concepto que se indemniza en sí, sino que constituirían apenas un elemento para determinar el valor de una especie de daño emergente. Sencillamente, aquel que el damnificado sufre al ver disminuido uno de sus activos: su capacidad productiva. La productividad potencial de dicho factor, tiende simplemente a conformar su precio.

Esta posibilidad, al igual que las corrientes que consideran a la incapacidad incluida dentro del campo del lucro cesante lato sensu (una particular especie de lucro cesante incluida dentro de lo que denominé lucro cesante en general) son las que extraen mayores ventajas del empleo de fórmulas.

**Baremos - Jesús Pintos Ager:** El baremo es una de las posibles soluciones al problema de la cuantificación económica de daño corporal. La decisión de establecer un baremo para la indemnización de daños de cierta naturaleza supone la asunción consciente de errores, tanto en más como en menos. Sin embargo, ambos tipos de error se compensan. Incurrir en ellos sólo tiene sentido cuando no resulta posible cuantificar exacta y objetivamente la indemnización en cada caso individual. Esto es precisamente lo que ocurre con la partida de daño moral. Por tanto, la aplicación al mundo del derecho de daños de la literatura sobre el valor de la vida para avanzar en la evaluación del daño moral deberá llevarse a cabo mediante baremos. España dispone desde 1995 de una legislación sobre baremos en el ámbito de la circulación, pero la falta de un análisis riguroso y previo a su establecimiento ha causado graves errores al tiempo que ha impedido la evaluación de su corrección.

El problema de fondo: En España el término «baremo» se asocia casi exclusivamente al sistema de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, pero su alcance es mayor.

La tradicional (falta de) solución: evaluación abierta.La técnica de los baremos pretende ofrecer una solución al problema de la cuantificación económica de daños corporales cuando, como es el caso, su reparación integral in natura resulta imposible. A diferencia de lo que sucede con las dimensiones patrimoniales de los daños sufridos, la reparación del daño moral difícilmente puede llevarse a cabo con el pago de una cantidad de dinero.

Naturalmente, el problema descrito no se resuelve por el procedimiento de establecer, primero, un principio legal genérico de reparación integral y de dejar, luego, que el juez, haciendo uso de su libre arbitrio, estime el montante de la indemnización, pues no se ofrecen al juez los instrumentos necesarios para encontrar una solución razonable.

La Ley de Responsabilidad dispone que: "La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud...". Por su parte, según el Tribunal Supremo: "[L]a cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente". Para limitar la litigiosidad casi asegurada por la falta de criterios objetivos para la evaluación judicial de los daños corporales, el derecho español impone serios límites a la revisabilidad en apelación de las cuantías indemnizatorias fijadas por los jueces de primera instancia y, prácticamente, impide su acceso a casación.

Efectos indeseados. La variabilidad. La asociación entre reparación integral y arbitrio sin instrumentos produce arbitrariedad: la cuantía de las indemnizaciones varía erráticamente y con los siguientes problemas:

1. Compensación inadecuada: subestimación o sobrestimación de los daños.
2. Distorsión del efecto preventivo de las condenas.
3. Incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil (litigiosidad).
4. Aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones.
5. Incremento de las disfunciones del mercado de seguros, que se encarece o reduce su cobertura.

Remedios posibles. Las primeras reacciones consistieron en fijar techos cuantitativos "caps"- y límites cualitativos al daño indemnizable. Pronto se constató que un único techo indemnizatorio para todos los casos resultaba una medida demasiado tosca frente al variadísimo universo de víctimas y daños posibles. Por ello, se construyeron distintos topes para cada uno de los grandes tipos de daño, diferenciándose los factores determinantes de la cuantía de la indemnización. Según BLUMSTEIN, R. BOVBJERG y A. SLOAN son relevantes la gravedad de la lesión y edad de la víctima.

Surgen así nuevos sistemas de compensación de daños, más rápidos y menos costosos que la responsabilidad civil, pues se especializan en el objetivo de la compensación de la víctima. La idea es que el ahorro que generan los nuevos mecanismos, puede servir para financiar medidas alternativas de regulación e inversión en infraestructuras remedios públicos. Su hilo elemento común es la sustitución del papel de un causante de los daños, responsable personalmente con su patrimonio, por un «ámbito de riesgo», una colectividad más o menos extensa de personas y organizaciones cuyos integrantes asumen conjuntamente el daño esperado de los accidentes que sobrevengan en su ámbito de influencia.

1. Sistemas puros de compensación sin culpa (Nueva Zelanda, 1974; Quebec 1978) son los mecanismos de indemnización más directos, con prestaciones tasadas por lucro cesante y gastos médicos, pero con exclusión del daño moral. Vedan toda posibilidad de ejercitar acciones de daños contra el causante, excepto en supuestos de daño doloso o negligencia grave.

2. Sistemas de umbral: por debajo de un determinado umbral mínimo de daño, sólo es posible obtener las prestaciones directas del esquema de reparación sin culpa. Cuando la entidad del daño rebasa ese umbral, dispone la víctima de una pretensión indemnizatoria contra el causante. Los umbrales pueden ser cualitativos (Ontario, Canadá; Michigan, U.S.A.), o bien cuantitativos (Connecticut, Utah o Minessota, U.S.A.).

3. Sistemas aditivos o agregados (la mayoría de los Estados EEUU; Victoria y Tasmania, Australia): la víctima tiene derecho a un conjunto de prestaciones directas que no impiden el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el causante de los daños. Dada la coexistencia de ambas opciones y el carácter de mínimos de las prestaciones legales, éstas son las más modestas de todos los sistemas directos o sin culpa.

4. Sistemas electivos (Kentucky, Nueva Jersey o Pennsylvania, U.S.A.): permiten la opción entre sistemas de responsabilidad civil y de reparación sin culpa o, dentro de éstos, entre esquemas aditivos o de umbral, o, incluso, entre umbrales monetarios y cualitativos.

El marco de evaluación. Entonces, cuando se pregunta si un baremo es el mejor remedio posible, la hay que analizar cómo aquél se desenvuelve frente a las demás alternativas:

1. Pérdida de prevención ¿Cuántos accidentes evitan las indemnizaciones?
2. Ahorro en costes de administración ¿Cuántas pesetas se quedan por el camino?
3. Tiempo de liquidación de las indemnizaciones ¿Cuánto tarda en cobrar la víctima?
4. Alcance ¿Qué y cuántas víctimas son indemnizadas?
5. Ahorro en costes de aseguramiento ¿Ha contratado el seguro quien está en mejores condiciones?

Conclusión y extensiones.

El objetivo de la reparación íntegra del daño vale como criterio para la reparación del daño patrimonial, pero no es aplicable al daño moral. En general, los baremos son un buen remedio ante situaciones de variabilidad excesiva. El daño moral plantea la más clara de ellas: es en su cuantificación donde más sentido tiene someter el arbitrio judicial al poder estabilizador de aquéllos. Ello puede conseguirse con técnicas sencillas:

* Desglosar en la condena la parte correspondiente al daño moral para distinguirla.
* Identificar los factores más relevantes de los que se hace depender el importe de la indemnización.

Por ello, el ordenamiento debe proporcionar un parámetro de integración aplicable a los casos en que no sabemos cuánto podría haber ganado la víctima, porque no trabajaba.

¿Quiere todo ello decir que la vida o la integridad física carecen de un valor calculable? No parece que sea así, sino que el problema no reside tanto en el objeto que se pretende medir como en el método empleado para realizar la medición. La intuición básica es sencilla: se parte de la observación de situaciones de la vida cotidiana en las que continuamente asignamos un valor pecuniario a pequeños diferenciales de riesgo de muerte. Pueden distinguirse dos tipos: aquéllas en que pagamos dinero a cambio de reducir el riesgo, comprando seguridad como cuando decidimos instalar un detector de humo en una casa; pero el mismo fenómeno ocurre también cuando aceptamos dinero, fundamentalmente salarios en el mercado de trabajo, a cambio de desarrollar actividades más peligrosas como el militar profesional que escoge destino en una unidad de intervención inmediata. En la literatura se conocen ambas aproximaciones como WTP de willingness to pay y WTA willingness to accept

Todas esas situaciones inducen a pensar que el valor de la vida no es infinito, ni que "carece de precio". En consecuencia, sólo se requiere saber cuánto reduce o aumenta el riesgo de muerte la actividad en cuestión, y cuánto se ha pagado o aceptado, respectivamente, a cambio.

Los aspectos más controvertidos del método de la propensión a pagar son:

* Los sujetos en cuyas preferencias se fija el método compradores de niveles elevados de seguridad o trabajadores de alto riesgo no son representativas del ciudadano medio. Así es, sin duda, pero una ponderación adecuada de ambos extremos puede compensar los sesgos en ambas direcciones y generar valores medios representativos.
* El criterio de la propensión a pagar es muy sensible al nivel de riqueza de la víctima.
* Nadie está dispuesto a pagar la misma cantidad de dinero por reducir su riesgo de muerte de un 100% a un 75%, que por reducirlo de un 35% a un 10%. La cuestión es si el sistema de responsabilidad civil debe necesariamente identificar las preferencias individuales de cada víctima en concreto para calcular el daño moral que el accidente le ha ocasionado.

Si ya no es razonablemente abordable la individualización del daño sufrido por cada víctima, sino que ni siquiera es deseable, nos encontramos ante todas las condiciones en las que un baremo, un conjunto de indemnizaciones medias sensibles a los grandes factores explicativos de la mayor parte de las indemnizaciones, tiene sentido. El baremo no elimina los errores en la valoración judicial del daño sufrido por cada víctima, pero compensa los cometidos con todas, en valores agregados. Ello presenta algunas ventajas de cara al objetivo de la compensación igualdad, seguridad jurídica y certidumbre; y casi todas las que se me ocurre imaginar en lo concerniente al efecto preventivo de la responsabilidad civil, pues repercute el daño moral medio en el causante, una solución muy superior a la actual estimación arbitraria. En general, la adopción de un baremo supone la asunción consciente de un tipo de error: las indemnizaciones que quedan a ambos lados del valor central ya sea éste la media, mediana o moda señalado por el baremo; pero ambos errores se compensan si el baremo está bien diseñado y no contiene sesgos. Esta pérdida sólo es significativa cuando no es posible individualizar objetivamente reparaciones para cada supuesto, como ocurre, por ejemplo, al intentar aplicar la restitución íntegra al daño moral sin más criterios de referencia.

**LAS IDEOLOGIAS EN EL TRATAMIENTO DE LA LIMITACION CUANTITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD por Atilio Aníbal Alterini**

I. La limitación cuantitativa de la responsabilidad en el sistema vigente. Existen límites cuantitativos de la indemnización en:

* CC: en las obligaciones dinerarias, la responsabilidad del deudor consiste en el pago de "los intereses" (art. 621). En materia de hospedaje, el posadero sólo responde del valor de los objetos corrientes introducidos por el pasajero, si éste "trajese consigo objetos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida".
* Legislación laboral, en materia de infortunios laborales, la indemnización por despido.
* Personal militar.
* Daños nucleares.
* Navegación aérea.
* Navegación por agua.
* Transporte multimodal.
* Transporte marítimo de materiales nucleares.
* Fideicomiso. La responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitida sí.

II. Proyectos de reformas.

a) Tramitan dos proyectos de ley tendientes a limitar la responsabilidad por los daños resultantes -a pasajeros y a terceros- del autotransporte público de pasajeros.

b). El Proyecto de Código Unico de 1987 - ley 24.032, a la que vetó íntegramente el PEN mediante decreto 2719/91- previó un tope indemnizatorio para los casos en los que se aplica la responsabilidad objetiva.

c) Proyecto de Código Civil de 1998 también trata el tema.

III. Las aristas del debate. La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil es generalmente aceptada por la doctrina nacional: en las actividades de alta siniestralidad en las que rigen factores de atribución objetivos, el seguro debe ser forzoso, para lo cual corresponde limitar cuantitativamente la responsabilidad, sin perjuicio de la ampliación del monto indemnizatorio hasta la reparación plena en caso de concurrir un factor de atribución subjetivo. Además ha sido sugerida su tarifación, que implica determinar qué porcentaje de incapacidad produce cada uno de los daños sufridos. En apoyo de las limitaciones de la responsabilidad se sostiene que permiten operar al agente con certidumbre en la generación de costos/tasa de ganancias.

IV. Catálogo de objeciones. Suelen entender la reparación integral en una de sus acepciones, la de reparación total, de todo el daño, lo cual no resulta posible: lo integral, es la reparación en otra de sus acepciones, la de reparación global, vale decir, la que "toma en conjunto" a los daños que el sistema admite como reparables.

Los ordenamientos jurídicos, sin excepción, limitan cualitativamente la indemnización. La responsabilidad objetiva derivó de la dificultad de la reconstrucción de la acción humana y de la existencia de daños anónimos y previsibles. Y su limitación cuantitativa ha sido justificada como contrapartida del deber de resarcir el daño que se impone a quien lo ha causado sin culpa. Por otra parte, la limitación cuantitativa de la responsabilidad no afecta ni al D de propiedad, ni al D de la persona, ni a la igualdad, ni al D a la jurisdicción:

1. El derecho de propiedad del damnificado (su crédito) es, en definitiva, el que le asigna la ley. Los topes indemnizatorios son una cuestión atinente a la política jurídica.
2. El derecho de la persona lesionado injustamente siempre es reparado de manera necesariamente incompleta y forzosamente distorsionada. Los límites cuantitativos, en definitiva, sólo vienen a agregarse a otros que ya existen en el sistema, que son propios de su estructura.
3. Los límites cuantitativos no resultan haber sido establecidos con efectos discriminatorios.
4. Tampoco esquivan a la jurisdicción judicial: los jueces deben aplicar las leyes, y es competencia del legislador regular los alcances de la responsabilidad; y, si bien el derecho a la indemnización emana de la garantía del art. 19 CN, los poderes reglamentarios del legislador sólo tienen como límite la razonabilidad y la adecuación a un cierto sentido de justicia. Es cierto que, si la ley tarifa el daño mediante baremos fijos, la tarea judicial de alguna manera se desluce. Pero los regímenes que los establecen dejan márgenes para aplicarlos al caso conforme a lo que sea justo. Además, el tribunal tiene que resolver antes que todo si el demandante está legitimado para reclamar la indemnización, establecer después la extensión de su deber de reparar y, recién al final, aplicar el límite cuantitativo.
5. Disminuir la litigiosidad es un desiderátum. Pero también lo es, y fundamentalmente, que existan los mecanismos legales necesarios para que las víctimas cobren, rápida y efectivamente, una indemnización razonable y predictible.

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

Tampoco lo hay respecto del seguro. Algunos sostienen "que un seguro directo sobre la vida y contra los accidentes, o todavía un seguro de daños patrimoniales, tomado por la víctima potencial, sería una solución oportuna en numerosos casos", pues este first party insurance, "dejado a la libre iniciativa de la víctima, presenta la ventaja de la flexibilidad, pudiendo ser modulado el grado de protección según la necesidad de seguridad de cada uno". Otros entienden que es eficiente el seguro de responsabilidad civil (third party insurance). Otros, que ambos podrían ser ineficientes.

Los topes indemnizatorios sirven para instar a que quienes realizan actividades que tienen aptitud para causar daños tomen seguros de responsabilidad civil. También se considera que optimizan el precio de las primas.

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

Inversamente, la incertidumbre en cuanto a los montos indemnizatorios es, sin dudas, económicamente ineficiente en términos de la teoría del mercado.

VI. La impronta económica. Buena parte del apoyo a la limitación cuantitativa de la responsabilidad civil resulta de dos razonamientos: que disminuye los costos, y que es coherente con la necesidad de apoyar el desarrollo económico. A mi juicio, ese sistema condice con la justicia, bajo ciertas condiciones: 1) Si el monto indemnizatorio es adecuado; 2) Si se le garantiza a la víctima el cobro de la indemnización, y ésta es pagada sin dilaciones; 3) Si el tope cuantitativo no rige cuando el responsable omite cumplir los deberes de prevención del daño.

VII. El Derecho in fieri. De adoptarse un sistema delimitación de responsabilidad:

* La cuantía del tope indemnizatorio debe ser razonable.
* Debe privarse del derecho de invocar esa limitación al responsable que no actuó diligentemente. Es razonable suponer que esto constituirá un incentivo para que el dueño o el guardián de la cosa riesgosa, o el explotador de la actividad peligrosa, adopten medidas preventivas apropiadas, las cuales conciernen al interés general de evitar que los daños se produzcan. La evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico.
* Es de interés general instar al aseguramiento -teniendo presente que "para evitar descalabros está el seguro, y para evitar insolvencias, el seguro obligatorio. Es cierto que podría imponerse el seguro forzoso para las actividades de alta siniestralidad, pero ello no parece adecuado.
* La indemnización, para no agregar nuevas afecciones a la víctima, debe serle liquidada rápidamente.
* Correspondería, también, establecer fondos de garantía. Estos fondos son operativos en los casos en que el autor es desconocido, no está asegurado o está infraasegurado; de insolvencia de la aseguradora; o de daños superiores a los cubiertos por la póliza.
* El límite cuantitativo no debe ser aplicable al caso de los grandes discapacitados, esto es, quienes necesitan "la asistencia continua de otra persona para realizar los actos elementales de su vida".
* Hay que decidir asimismo cuál es la causa ajena que tiene derecho a invocar en su descargo quien es sindicado como responsable por un factor de atribución objetiva.

**Arostegui Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA** La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, confirmó la sentencia que rechazó la demanda dirigida a obtener la reparación de una minusvalía laboral en el marco de la legislación civil. Sostuvo la constitucionalidad del artículo 39 de la ley n° 24.557 por no haberse acreditado que su aplicación comportara la frustración del resarcimiento de los daños a la integridad psicofísica del trabajador o su rehabilitación. La quejosa dice que el resolutorio es arbitrario y vulnera las garantías y derechos de los art.14 bis y 16 a 19 de la CN.

El a quo estimó el resarcimiento por el daño material del derecho civil también mediante una tarifa que sólo atiende a la persona humana en su faz exclusivamente laboral, vale decir, de prestadora de servicios, ya que lo hace mediante la evaluación del perjuicio material sufrido en términos de disminución de la llamada “total obrera" y de su repercusión en el salario que ganaba al momento. Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto a la doctrina constitucional de esta Corte: “el valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales". La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que, por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable". De ahí, que "los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio". En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera.

Al realizar su examen la sala dejó de atender a un agravio del actor relevante para el juzgamiento del sub lite como lo es el carácter desmembrado de la forma de percepción de la reparación prevista en la LRT (renta periódica). La CSJN en “Milone” admitió que la señalada modalidad puede consagrar una solución "incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor (art. 14 bis CN)", así como mortificar "el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida", e introducir "un trato discriminatorio". Tal como lo ha juzgado la Corte IDH "[e]l 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte".

**Mendez, Alejandro D. v. Mylba S.A y otro**: El actor sufrió un accidente en su brazo derecho en ocasión de hallarse trabajando para Mylba S.A, al golpearse con un canasto de mimbre lleno de papeles mientras cargaba un camión para hacer una mudanza. Si bien es cierto que el canasto no constituye intrínsecamente cosa riesgosa, opera la responsabilidad civil objetiva art. 1113 , CCiv. cuando interviene en la producción del evento una cosa capaz de causar un daño, aun cuando no sea por su riesgo intrínseco, sino por la forma del uso que, obedeciendo a la directiva del dueño o guardián, debe cumplir el dependiente, y en ese supuesto aquél será responsable, salvo que se acrediten las causas de exención. En el caso no se ha invocado con claridad y tampoco probado la existencia de culpa del trabajador en la producción del infortunio al punto de reducir o excluir la responsabilidad que cabe a la empleadora en atención a su calidad de dueña o guardiana de la cosa causante del daño.

La CSJN en "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A s/accidente - ley 9688 ", sostuvo que la exención a los empleadores de responsabilidad civil frente a los trabajadores y a los derechohabientes de éstos que establece la citada normal legal, importa colocar a los 2° víctimas de infortunios laborales o de enfermedades profesionales en una situación desventajosa en relación con el resto de los ciudadanos, en tanto que la indemnización que ella consagra sólo contempla la pérdida de capacidad de ganancia de aquéllos -según el tope que el régimen especial establece- y los excluye de la reparación integral que el D común prevé, solución que resulta injustificadamente discriminatoria y, por ende, inconstitucional por vulnerar el D de igualdad (art. 14 bis , CN.).

El daño emergente es monetario y fácil de medir: consiste en los gastos en los que la víctima haya tenido que incurrir como consecuencia directa del daño sufrido. Esos gastos, probados o, si tal fuera el caso, estimados de acuerdo con las circunstancias, han de ser restituidos en su totalidad.

El lucro cesante (art. 1086 , parte final, CCiv.) también es monetario, aunque más aleatorio. Comprende la diferencia entre los ingresos que pueda calcularse que la víctima tendrá a partir del daño sufrido y los ingresos que pueda estimarse que la víctima habría tenido si el daño no se hubiese producido. Esta parte del daño es la que pretende medir la fórmula "Vuoto": toma como punto de partida el ingreso de la víctima.

Es altamente improbable que la víctima dé a la indemnización que reciba el uso supuesto por la fórmula "Vuoto": lo más seguro es que la destine a pagar deudas, a actualizar consumos postergados o a intentar algún emprendimiento personal de corte lucrativo. Esta elección corresponde a la víctima personalmente y no es apropiado interferir en ella. El empleo de la fórmula "Vuoto" ha tomado en cuenta hasta ahora el fin de la "vida útil" de la víctima, estimable en 65 años. Pero el hecho es que la (presupuesta) merma de salario que el trabajador sufra como consecuencia de su incapacidad laboral se reflejará, en la etapa pasiva, en su haber previsional. Por esta razón, y frente a los señalamientos de la Corte, parece justificado ahora introducir esta modificación y elevar la edad tope a 75 años.

La fórmula congela el ingreso de la víctima, para el objetivo de calcular la indemnización, en el momento del daño, sin tomar en cuenta la chance o perspectiva de mejora del ingreso futuro que seguramente el daño habrá disminuido. También es posible que dicho ingreso disminuya o aun desaparezca. Cualquier medida es puramente conjetural; pero, como es preciso escoger una, se ha entendido apropiado suponer que, habida cuenta de todas estas posibilidades aleatorias, el lucro cesante de la víctima consiste en una afectación de su ingreso en la misma proporción de su porcentaje de incapacidad laboral.

El daño moral, a su vez, es la dimensión no económica del perjuicio padecido por la víctima. Comprende el dolor sufrido por el daño, las molestias del tratamiento médico y la disminución afectiva que el perjuicio proyecta hacia el resto de la vida del afectado. Cualquier disminución física genera perjuicios que se advierten en el ámbito mental y afectivo de la víctima. En el fallo "Aróstegui" se advierte la necesidad de valorar al trabajador como un ser integral y no sólo como un productor de resultados económicos. p.6

El daño moral es un rubro distinto del material, No tiene directa relación numérica con éste, por lo que la pretensión de estimarlo en porcentaje del lucro cesante carece de fundamento racional.

Se sostuvo que si el accidente sufrido se encuentra dentro de los cubiertos por el seguro de riesgos de trabajo, la indemnización que se reconoce en los términos del derecho común, por ser plena, incluye los montos que la aseguradora debió haber liquidado en los términos de la ley 24557 . Como no existe la posibilidad de que el trabajador perciba indemnizaciones distintas por el mismo hecho, es decir, no hay duplicación en tal sentido, se impone la condena a la apelante.

**UNIDAD 9: LA RESPONSABILIDAD Y LOS DELITOS Y CUASIDELITOS EN EL CC:**

Hecho ilícito es toda actividad contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Por acción se entiende todo comportamiento humano comisivo u omisivo, independiente de toda voluntariedad o culpabilidad del agente. Se trata entonces de un concepto netamente objetivo. Ilícito civil, por su parte, es toda acción contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado, que causa un daño y resulta imputable subjetiva u objetivamente a una persona. Es decir que requiere:

* Antijuridicidad de la conducta.
* Daño resarcible.
* Relación de casualidad entre la conducta del responsable y el perjuicio patrimonial o moral.
* Factor de atribución objetivo o subjetivo.

El hecho ilícito civil hace nacer la obligación de resarcir dicho daño. Dentro de dichos ilícitos se distinguen los delitos –acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos del otro-, de los que no lo son, denominados cuasidelitos (por la doctrina, no por Vélez). Estos últimos comprenden todo hecho ilícito no delictual, que genere obligación de resarcir, cualquiera sea el factor de atribución aplicable. Ambos tipos de ilícitos se rigen por similares normas y reglas, tendientes a la reparación integral del daño injustamente causado, en las condiciones que fija la ley. Diferencias:

* Extensión del resarcimiento: Es más amplia en el ámbito delictual: No se limita a las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles sino que puede extenderse también a las consecuencias casuales cuando media previsibilidad subjetiva concreta del autor.
* Tratándose de delitos civiles, la obligación de reparar el daño pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho no penado por el D criminal. Cuadno el daño es indemnizado por alguno de ellos, la ley NO reconoce acción de repetición respecto de los demás. Si bien la misma regla de solidaridad rige salvo excepciones para los ilícitos que no son delitos, se prevé expresamente la acción de contribución que puede entablar uno de los codeudores contra los demás.
* Reducción de equidad del monto indemnizatorio: Solo procede en los cuasidelitos.

Tanto el delito como el cuasi delito pueden ser:

* De actividad: De comisión (se realiza una conducta positiva) o de comisión por omisión (el autor se abstiene de hacer lo que debía)
* De omisión antijurídica: No hay una mera conducta pasiva del agente, sino que se omite una acción exigible, lo que supone la preexistencia de un deber jurídico de obrar. La doctrina mayoritaria considera que, pese al texto Art. 1074 CC, en función del Art. 1071 CC dicho deber debe ser analizado a la luz del ordenamiento jurídico integralmente considerado. En los casos de responsabilidad por omisión debe estar siempre presente la relación de causalidad.

Diferencias delito civil y penal: En materia penal rige el principio de tipicidad; en cambio en materia civil no se exige este requisito. En cambio, es indispensable que haya daño, lo cual no se verifica en la órbita penal. Mientras que los ilícitos civiles plasman un conflicto entre particulares, el delito penal genera un conflicto de interés público. Ciertos principios constitucionales aplicables en materia penal no rigen en la civil, donde además la muerte del autor del delito no genera ninguna consecuencia.

Hechos ilícitos que no son delitos: Son aquellos en los que el daño proviene de hechos ilícitos que no son ejecutados a sabiendas y con intención de dañar. Sus elementos son los del hecho ilícito ya mencionados. En principio estos hechos se rigen por las mismas reglas que los delitos civiles, generando también la obligación de indemnizar. Supuestos:

* Responsabilidad por hecho propio (autoría directa): Quién ejecuta la acción dañosa es quien debe responder. La responsabilidad puede ser subjetiva u objetiva. La 1° se configura por la culpabilidad probada o presunta en la conducta del agente, aplicándose el Art. 1109 CC (“todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia causa un daño a otro, está obligado a reparar”). La 2° cuando se fundamenta en un factor de atribución de esa naturaleza (actividades riesgosas).
* Responsabilidad por el hecho ajeno (autoría indirecta): Se le impone a una persona reparar el daño que otra ha causado, habiendo una distinción entre el sujeto responsable y el causante del daño.
* Responsabilidad por el hecho de las cosas de las que se es dueño o guardián. Esto forma parte de la responsabilidad por hecho propio, ya que la presencia de la cosa no la priva de ese carácter.

Delito civil:Acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o derechos de otro. El error y la ignorancia actúan como causas de exclusión del dolo. La intención de dañar a otro no debe necesariamente ser el único objetivo del acto o el principal: basta con que el sujeto se represente internamente el resultado como necesariamente ligado al efecto querido, lo consienta y actúe. La mayoría de la doctrina considera que el dolo eventual (menosprecio de la consecuencia probable) genera un cuasidelito.

**Delitos civiles en particular:**

Homicidio: Hay homicidio cuando alguien da muerte a otro. Para su configuración como delito civil no importa que haya obrado con culpa o dolo o que su responsabilidad derive de un facto objetivo de atribución. Damnificado en este caso no es la víctima del homicidio, pues esta ha muerto y ya no es sujeto de derecho ni puede sufrir un menoscabo patrimonial, sino que son las personas que le sobreviven y se verán privadas del valor económico y espiritual que para ellas significaba la vida de la víctima. Es decir que en el homicidio solo hay damnificados indirectos, no directos. Se considera que los damnificados son titulares de las acciones resarcitorias por iure propio, y no hereditario, ya que el perjuicio que la muere genera no gravita sobre el propio muerto, sino sobre las personas vivas ligadas a él.

- Qué vinculo deben acreditar los damnificados? En ciertos casos ninguno, como cuando se buscan resarcir los gastos derivados del funeral. En otros casos se requiere su acreditación, mediante las correspondientes partidas. Al ser acciones in iure propio no es necesaria la prueba del carácter de heredero del damnificado.

- Se discute si la vida humana tiene un valor intrínseco, independiente de lo que ella pueda producir. La doctrina dominante considera que carece de dicho valor, de modo que su pérdida solo puede indemnizarse cuando, y en la medida en que represente un menoscabo económico para quien reclama la reparación. Así lo sostuvo la CSJN. En consecuencia:

* El menoscabo patrimonial que deriva de la muerte de una persona debe ser alegado y probado por el damnificado indirecto, salvo cuando opera una presunción legar iuris tantum de daños.
* No existe un valor económico indemnizable mínimo e igualitario para todos los casos.
* La pérdida de una persona improductiva no genera daño patrimonial, pero si eventualmente moral, salvo cuando la víctima, sin producir beneficios económicos, se hallaba en condiciones de lograrlo.

Es decir que lo que se mide en términos económicos no es la vida que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad productora de bienes.

- Legitimados activos: *Art. 1.084. Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemni.zación y el modo de satisfacerla. Art. 1.085. El derecho de exigir la indemnización de la primera parte del Art anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente, y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo*. Se considera que dichos Arts. no implican una limitación al Art. 1079, y que en el homicido también rige dicho principio general, que consagra legitimación a todo damnificado indirecto en cualquier hecho dañoso. En ciertos casos contemplados en los Arts., el daño que experimentan ciertos damnificados indirectos se presume iuris tantum –salvo prueba en contrario. Si la víctima atendía o debía atender la subsistencia de su cónyuge e hijos menores, su muerte provoca en ellos un daño emergente actual y futuro.

En principio tiene derecho a reclamar lo necesario para su subsistencia cualquiera que era alimentario del muerto. La presunción legal solo opera en los siguientes supuestos:

* Muerte del progenitor – legitimación activa de los hijos menores. Es irrelevante la naturaleza de la filiación, y queda comprendido también el hijo concebido. Se excluye la responsabilidad cuando se prueba que con los ingresos obtenidos por su actividad el menor se mantenía íntegramente a sí mismo, sin ayuda del progenitor. Los hijos mayores de edad y emancipados están por fuera de la presunción. En cambio, el hijo mayor de edad declarado incapaz se lo considera incluido.
* Muerte del cónyuge – legitimación activa del viudo o viuda: Ambos cónyuges están asimilados en cuanto a su derecho a la reparación en caso de muerte del otro, ya que tienen un deber alimentario recíproco. En caso de divorcio vincular o separación personal por culpa del cónyuge fallecido o por alteraciones mentales del sobreviviente, el viudo/a conserva un derecho alimentario amplio, de modo que mantiene la legitimación. En caso de divorcio o separación por culpa del viudo/a, concurrente, por separación personal o presentación conjunta, no rige la presunción legal sino que debe demostrarse que al momento del fallecimiento del otro cónyuge percibía efectivamente alimentos de él. En caso de separación de hecho subsiste la presunción.

Casos excluidos Art. 1084 – siempre pueden reclamar igual por aplicación del Art. 1079, pero de ellos no opera la presunción legal:

* Muerte de los hijos – legitimación activa de los padres: No opera la presunción, ya que conforme al curso normal y ordinario de las cosas los hijos no mantienen a sus padres ni éstos dependen económicamente de aquellos. De hacerlo, deberán reclamar reparación por el Art. 1079.
* Ascendientes y descendientes, colaterales, socio del difunto, etc.
* Concubinos: La doctrina sostiene que no pueden ampararse en la presunción, estando legitimados para reclamar probando una lesión a un interés o expectativa no ilegítima. La pretensión resarcitoria aún puede ser ejercida en caso de concubinato adulterino para parte de la doctrina.

Se entiende que el Art. 1085 CC no amplía el conjunto de legitimados activos por el Art. 1084, y solo crea una causal de indignidad para reclamar la reparación del daño en caso de que el responsable del homicidio sea quien acciona. Es decir que el cónyuge y los hijos solo pueden reclamar si no fueran culpados del delito como autores o cómplices o no se hubieran abstenido de impedirlo pudiendo hacerlo. Extender la presunción a todo heredero forzoso es irracional.

- Los Art. 1084 y 1085 comprenden todo lo que fuere necesario para la subsistencia, enfatizando un sentido claramente alimentario. Es un daño emergente que puede ser actual y futuro, y debe ser ponderado en función de las necesidades y condición de alimentado para que el viudo/a y los hijos mantengan el estatus económico al que los tenía acostumbrados el fallecido.

- Daños excluidos de la presunción Art. 1084 (necesidad de su alegación y prueba):

* Lucro cesante.
* Lucro cesante del damnificado indirecto.
* Gastos realizados en la asistencia del muerto. Si los conceptos fueron pagados por la propia víctima, sus herederos están legitimados iure hereditaris para obtener la reparación.
* Gastos funerarios.

Violación de la libertad individual: *Art. 1.087. Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente a la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad*. Este Art. repite el principio general.

Delito contra el honor: Art*. 1.088. Si el delito fuere de estupro o rapto, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente. Esta disposición es extensiva cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencias o amenazas a cualquiera mujer honesta, o de seducción de mujer honesta, menor de dieciocho años*. También los repite, comprendiendo el estupro, violación y el rapto.

Calumnias e injurias: *Art. 1.089. Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación*. La injuria consiste en deshonrar o desacreditar a una persona; la calumnia en imputar falsamente un delito o conducta criminal dolosa. Para el ejercicio del reclamo no es necesario ejercitar la acción penal, por ser esta de acción privada.

Acusación calumniosa: *Art. 1.090. Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este Capítulo*. Se da cuando dolosa y falsamente se imputa y denuncia un delito de acción pública. No se requiere la previa declaración en sede penal de que la acusación fue calumniosa, pero sí se requiere que el imputado por dicha acusación haya sido absuelto. Es resarcible todo perjuicio debidamente acreditado.

Delitos contra la propiedad:

*Art. 1.091. Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor.*

*Art. 1.092. Si no fuere posible la restitución de la cosa hurtada, se aplicarán las disposiciones de este Capítulo sobre la indemnización del daño por destrucción total de la cosa ajena.*

Comprende los casos de robo, en cualquier modalidad.

*Art. 1.093. Si el delito fuere de usurpación de dinero, el delincuente pagará los intereses de plaza desde el día del delito.*

*Art. 1.094. Si el delito fuere de daño por destrucción de la cosa ajena, la indemnización consistirá en el pago de la cosa destruida; si la destrucción de la cosa fuere parcial, la indemnización consistirá en el pago de la diferencia de su valor actual y el valor primitivo.*

*Art. 1.095. El derecho de exigir la indemnización del daño causado por delitos contra la propiedad, corresponde al dueño de la cosa, al que tuviese el derecho de posesión de ella o la simple posesión como el locatario, comodatario o depositario; y al acreedor hipotecario, aun contra el dueño mismo de la cosa hipotecada, si éste hubiese sido autor del daño.*

**UNIDAD 10:**

**RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE 3°:**

La postura mayoritaria en el derecho argentino y comparado considera que la responsabilidad por el hecho ajeno es excepcional, porque lo normal es que cada uno responda por las consecuencias de su propia conducta. De modo que para que se configure es necesario que una norma lo determine expresamente. Sin embargo, de esto no se deriva que las normas que regulan la responsabilidad por el hecho de otro deban ser interpretadas restrictivamente: es necesario que el legislador siente las bases normativas para fundar la responsabilidad por el hecho de otro, pero una vez realizado esto, nada impide que sea interpretado con criterio amplio. La responsabilidad por el hecho ajeno puede ser:

* Contractual: por ej, responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza, de los capitanes de buques, etc. Extracontractual: por ej, responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos.
* Derivar de un factor de atribución subjetivo (responsabilidad de los padres) u objetivo (responsabilidad del principal por los hechos del dependiente).
* Puede ser el responsable indirecto el único legitimado pasivo, o responder éste en forma indistinta ante la víctima.

El damnificado por un hecho ilícito causado por quien se encuentra en relación de dependencia (genérica o calificada), puede accionar contra el autor del daño, contra el civilmente responsable, o contra ambos en forma conjunta, ya que la ley busca evitar la insolvencia del que causó el daño: *Art. 1.122. Las personas damnificadas por los dependientes o domésticos, pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho*.

Las obligaciones del que causó el daño y del civilmente responsable son concurrentes, determinándose su extensión por los parámetros ordinarios. Tanto el agente como el civilmente responsable deben responder por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles y por las causales. Quedan al margen de la responsabilidad del civilmente responsable las consecuencias sancionatorias.

*Art. 1.123. El que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia*. Para algunos esto se funda en el carácter de 3° que paga una deuda ajena del civilmente responsable, para otros debe atenderse a la relación de dependencia que generó la responsabilidad. La regla se aplica en todos los casos de responsabilidad indirecta, salvo en el de ilícitos cometidos por personas sin discernimiento. Requisitos para que proceda:

* Que el actor haya pagado la indemnización.
* Que el daño sea imputable a su autor material.
* Que el dependiente haya actuado en contra de la orden impartida.

También procede la acción de regreso contra el civilmente responsable cuando el daño causado por el dependiente responde a fallas empresariales atribuibles a aquel.

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCACTIVOS DESPUES DE LA REFORMA DE 1997:**

*Art. 1.117. Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.*

*Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil. A tales efectos, las autoridades jurisdiccionales, dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación precedente.*

*La presente norma no se aplicará a los establecimientos de nivel terciario o universitario.*

En 1997 se eliminó la culpa presumida del director o maestro y se consagró una responsabilidad objetiva del centro de estudios. Argumentos:

* Dada la cantidad de alumnos, la posibilidad de vigilancia del director es casi imposible.
* Los directores desconocían la norma hasta el momento en que les llegaba la demanda.
* El director del colegio es un simple dependiente del propietario del establecimiento, e igualmente se lo cargaba con los hechos de profesores y personal que él no puede elegir.
* La vigilancia de los alumnos no recae sobre una sola persona sino sobre una organización, “la empresa docente”, de modo que la responsabilidad sería una responsabilidad empresarial.

El nuevo Art. regula la responsabilidad contractual y extracontractual derivada de los daños que el alumno causa a otro (responsabilidad extracontractual por el hecho de otro) como los daños sufridos por el propio alumno (responsabilidad contractual). El Art. está ubicado entre los casos de obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos, lo cual genera dudas acerca del plazo de prescripción de la acción, que es de 2 años para los casos de responsabilidad extracontractual y 10 en el de responsabilidad contractual. Se considera que hay un único plazo de 2 años, ya que: 1) la idea de la norma es unificar, 2) ninguna aseguradora tomaría un riesgo cuya acción prescribe a los 10 años, 3) el Art. se ubica entre las obligaciones derivadas de ilícitos que no son delitos.

Se abandona la distinción entre actividad docente pública y privada y se entiende que la ley comprende a todos los supuestos en los que la educación se imparte a un menor a través de una organización de tipo empresarial que supone control de una autoridad. Por “propietario”, la norma hace referencia al organizador de la educación, propietario o no del inmueble donde se dictan clases. Por “establecimiento”, a todas las organizaciones establecidas para impartir enseñanza bajo una forma empresarial, sin limitarse su alcance a los encuadrados dentro de la Ley Federal de Educación.

Se establece un régimen de responsabilidad objetiva (no es una mera presunción de culpa docete, ya que la demostración de falta de culpa no es suficiente para eximir), fundada en el factor de garantía que exige el riesgo de la empresa. No se trata de que la educación sea una actividad peligrosa, sino que la ley impone a quien presta el servicio de modo organizado, el deber de prestarlo sin producir daños. Para responder:

* No es necesario individualizar al autor del daño.
* El alumno debe ser menor de edad.
* El daño debe producirse durante una actividad realizada bajo el control del establecimiento educativo, interpretándose esto en base a criterios amplios y flexibles.
* El hecho dañoso puede ser doloso, culposo o meramente accidental, también puede provenir de la naturaleza, si no es imprevisible e inevitable.
* El caso fortuito opera como eximente, el cual debe ser acreditado sin que baste ignorar la causa.
* Es insuficiente para librarse de la obligación de responder, acreditar la asunción de todas las diligencias debidas.
* Hecho de la víctima: si bien el Art 1117 no lo menciona, si lo hace el 1113, que fija la regla general en caso de responsabilidad por el hecho de las cosas. Se considera que si el dañado es ajeno al establecimiento deberá aplicarse la norma general, ahora si es un alumno se deberá atender a las circunstancias del caso.
* El hecho de un 3° por el que no se debe responder, si es inevitable e imprevisible, opera como caso fortuito.

El régimen de responsabilidad no se limita a los daños acaecidos bajo la autoridad del director, sino también cuando el alumno menor se encontraba bajo la responsabilidad de personas que, sin ser típicamente docentes, forman parte de la dirección. Es decir que comprende los casos en los que el alumno se encontró bajo el control de la autoridad, o cuando debió haberlo hecho.

Para eximirse de responsabilidad tienen que probar el caso fortuito, no bastando la prueba de la falta de culpa y excluyéndose las eximentes relacionadas con el hecho de la víctima y el hecho de un 3°, salvo cuando sean absolutamente imprevisibles e inevitables.

Respecto al ámbito temporal, se entiende que no hay que atenerse a horarios fijos sino actuar con la suficiente flexibilidad que demande el caso, ya que lo contrario obligaría a los padres a dejar a sus hijos en el colegio en el instante anterior a que éste abra sus puertas y recogerlos inmediatamente después de cada clase, lo cual es absurdo.

Espacialmente, el Art. se aplica a los daños producidos dentro del establecimiento o fuera de él, pero cuya causa se dio dentro del establecimiento. También se aplica cuando el niño debía estar dentro del establecimiento, pero se habría escapado por falta de control. Quedan comprendidos también los daños producidos en excursiones o viajes organizados bajo el control de la autoridad educativa. No hay acuerdo sobre el accidente de tránsito ocurrido fuera del colegio, a la salida de clase, al cruzar la calle.

Responsabilidades concurrentes: La responsabilidad puede ser atribuida al establecimiento educativo por un título distinto al Art. 1117:

* Responsabilidad del establecimiento educativo por el hecho del dependiente -hecho de sus maestros.
* Responsabilidad por el hecho de las cosas, sean riesgosas o inofensivas en sí mismas.
* Responsabilidad como transportista cuando el centro educativo proporciona y organiza el transporte.

Responsabilidad de los profesores, directores y otros por su hecho personal: Subsiste la acción directa contra el autor del daño aunque sea un docente, siempre que se pruebe la culpa personal de los demandados, en base al Art. 1109CC. El hecho puede ser doloso o culposo, consistente la culpa en no extremar las diligencias en el cuidado de los menores. Hay que tener en cuenta, en los casos de daños causados con las cusas, que el director no es guardián de las cosas del colegio, en tanto que guarda para el propietario del establecimiento y no para sí.

Seguro obligatorio: El seguro obligatoriamente debe ser tomado por el propietario del establecimiento. No hay acuerdo sobre a quién se refiere el texto de la norma al establecer que las “autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas para el cumplimiento de la obligación”, ya que esta interviene cuando el conflicto ya se ha producido.

Acción recursoria: En base al Art. 1123 el propietario del establecimiento público o privado que ha pagado puede luego repetir contra el docente que causó el daño.

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES:**

*Art. 1.114. El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor. Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo.*

*Art. 1.115. La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.*

*Art. 1.116. Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciese que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos.*

Fundamento de la responsabilidad: Distintas opiniones:

* Culpa en la vigilancia del menor: la patria potestad impone el deber de controlar de manera activa los actos del menor y adoptar las medidas idóneas para impedir que el menor cause daños a 3°.
* Culpa en la educación: el deber de educar también surge de la patria potestad.
* Culpa en la educación y vigilancia del menor: se combinan las dos anteriores.
* Garantía de mayor solvencia patrimonial para asegurar la reparación a la víctima.
* Patria potestad en sí misma, fundados en la causal de liberación Art. 1116.
* Responsabilidad objetiva, basada en el riesgo que generaría apara 3° la conducta de sus hijos menores.
* La mayoría considera que se trata de una responsabilidad subjetiva presumida iuris tantum por la ley –inversión de la carga de la prueba-, fundada en la inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad de cuidado, vigilancia y educación. Requiere para ser desvirtuada la demostración de la falta de culpa, en base al Art. 1116.

Legitimación pasiva: Es consecuencia del ejercicio de la patria potestad y como es compartida por ambos progenitores, se daría un caso de responsabilidad solidaria. Si el ejercicio de la patria potestad recae sobre un solo progenitor, la legitimación pasiva recae sobre quien tiene la tenencia del menor, salvo que al momento de producirse el hecho dañoso el hijo estuviera al cuidado del otro.

La responsabilidad de los padres (y del menor mayor de 10 años) puede ser concurrente con al de otros legitimados pasivos, como podría ser el dueño o guardián de la cosa.

Requisitos:

* Daño resarcible injustamente causado por el hijo a un 3°. Es imposible en menores de 10 años la existencia de culpa. En mayores de esa edad, basta acreditar un factor de atribución sea subjetivo u objetivo. Es necesaria la existencia de un nexo causal entre la conducta del menor y el daño.
* Minoridad del hijo que causa el daño, ya que alcanzada la mayoría de edad cesa la patria potestad. La minoridad debe ser analizada al momento de producirse el hecho dañoso. Si el menor aún no cumplió 10 años, el hecho dañoso es reputado involuntario, y los únicos responsables ante 3° son sus padres, sin quedar comprometida su responsabilidad. El menor mayor de 10 años es responsable sin perjuicio de la obligación concurrente que pesa sobre sus padres. Es decir que el padre siempre responde por los daños causados por sus hijos menores de edad, siendo el único responsable si no cumplieron 10 años y respondiendo de forma concurrente con el menor mayor de 10 años. Los padres no responden por los hechos de sus hijos emancipados, ya que en cuanto a la responsabilidad su situación se asimila con la de mayores de edad. En cambio, la habilitación comercial no modifica la capacidad del menor ni hace cesar la patria potestad. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos mayores de edad, y si alguno de ellos es declarado insano la responsabilidad será de su curador conforme al Art. 1114.
* Ejercicio de la patria potestad por el legitimado pasivo:
	+ Hijos matrimoniales –incluye adoptivos- de padres convivientes: la patria potestad corresponde en forma compartida a ambos progenitores, y por lo tanto responden ambos solidariamente.
	+ Hijos matrimoniales de padres que no conviven: el ejercicio de la patria potestad corresponde al que ejerza legalmente la tenencia, de modo que éste es responsable, salvo que al momento de comisión del ilícito el hijo estaba al cuidado del otro progenitor.
	+ Hijos extramatrimoniales: el ejercicio de la patria potestad corresponde al que lo hubiera reconocido o a quien hubiera sido declarado judicialmente padre o madre. Si ambos padres lo hicieron, corresponde a ambos si conviven y sino al que tenga la guarda judicial o extrajudicial.
	+ La extinción de la patria potestad (y en consecuencia de responsabilidad) procede por muerte de uno de los progenitores o en ausencia con presunción de fallecimiento; cuando es por culpa de un progenitor se mantiene la responsabilidad civil por los daños que cause su hijo menor de edad. Durante la suspensión de la patria potestad se suspende la responsabilidad.
* El menor debe habitar con el progenitor responsable, ya que de la convivencia se deriva la posibilidad de los progenitores de ejercer la vigilancia y educación del hijo. Lógicamente, cuando el menor no convive como consecuencia de una infracción radical a los deberes inherentes de la patria potestad, no se puede exonerar de responsabilidad a los progenitores. El alejamiento físico transitorio no interrumpe la convivencia. En el caso de alejamientos permanentes, no basta que el mismo obedezca a motivos legítimos sino que es necesario que la responsabilidad sea transferida a otro.
* El hecho realizado debe ser ilícito. Si el menor tiene menos de 10 años, atento a su falta de discernimiento, se reputa que existe culpa personal del padre, mientras que si es mayor de 10 debe existir culpa por parte del propio menor para que exista responsabilidad indirecta del padre. En el 1° caso, entonces, el damnificado no tendrá que probar la culpa del agente; en el 2°, no presumiéndose la culpa del menor, la carga de la prueba recae sobre quien la alegue. Se considera que la extensión de la obligación del padre de reparar es la misma que la del hijo. En nuestro derecho se presume la relación causal entre la negligencia del padre en la educación y vigilancia del hijo y el hecho ilícito, admitiendo prueba en contrario.

Carácter de la responsabilidad: Se considera que es indirecta, ya que el daño es causado por un agente por cuyo hecho deben responder los padres, sin que importe a éstos efectos que dicho agente pueda ver o no comprometida su responsabilidad. Es un sistema de responsabilidad subjetiva, en la que se presume iuris tantum la culpa de los padres, quienes pueden eximirse demostrando la vigilancia activa.

Cesación de la responsabilidad de los progenitores:

* Transferencia de la guarda del menor – Art. 1115, a otra persona física o jurídica de cualquier clase, de forma circunstancial, permanente (continua o discontinua) y legítima. La transferencia debe responder a un fin de cuidado, formación, educación, rehabilitación o seguridad del menor. La persona a la que se transmite la guarda no debe ser dependiente del progenitor.
* Ausencia de culpa en la conducta de los padres – Vigilancia activa e imposibilidad de evitar el daño – Art. 11163: cuando los padres demuestran que les fue imposible impedir el daño. Ante la duda debe mantenerse la presunción. No cabe diferenciar los daños que ocurren en presencia del padre de los que ocurren fuera de ella: la simple ausencia de los padres del lugar en que aconteció el ilícito no excluye su responsabilidad.
* Culpa de víctima o de un 3°.

Acción recursoria:

* Si el daño fue causado por el hijo menor de 10 años el único responsable es el progenitor.
* Si es mayor de 10 años, y el daño le es atribuible, procederá la acción de regreso con deducción de la proporción que corresponda a la incidencia de la culpa del progenitor en la causación del perjuicio.

**RESPONSABILIDAD DE TUTORES:** La tutela es una institución de amparo, una forma de representación establecida por ley, que procura que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres, siendo requisito fundamental para que prospere la designación del tutor que no exista sobre el menor patria potestad. La tutela es general cuando se ejerce sobre la persona y los bienes del menor; la especial, en cambio, solo se refiere a asuntos determinados de carácter exclusivamente patrimonial.

En nuestro CC la situación de los tutores es asimilable a la de los padres: están equiparados a ellos en cuanto a la existencia de una presunción de culpa cuando alguno de los menores o incapaces bajo su guarda cometiera un ilícito. Existe una gran diferencia entre la situación de los padres y de los tutores: el ascendiente moral que suelen tener los progenitores sobre sus hijos, sobre el cual reposa en buena medida la eficacia de los cuidados puestos en la vigilancia y educación de los menores.

El fundamento de la responsabilidad de los tutores no radica en el ejercicio de la patria potestad, pero al igual que ellos tienen un deber de control o vigilancia sobre los actos de sus pupilos.

Requisitos para el nacimiento de responsabilidad del tutor:

* Minoridad.
* Que el menor esté bajo tutela: el simple hecho de estar el menor bajo el cuidado de una persona no genera para éste responsabilidad refleja. Es decir que no basta una simple situación de hecho sino que es indispensable que se haya decidido judicialmente la tutela.
* Que habiten con el tutor.
* Que el acto del menor sea objetivamente ilícito.

Eximición de responsabilidad de los tutores y curadores: La doctrina ha exigido que la responsabilidad de tutores y curadores se evalúe con más flexibilidad que la de los padres. Si bien el CC no contiene ninguna norma que expresamente establezca las causales de eximición de los tutores, la equiparación dispuesta por el Art. 1114 se extiende a las causales de eximición. En consecuencia, sobre tutores y curadores pesa una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario.

Responsabilidad del tutor frente al pupilo por la mala administración de su patrimonio: El tutor puede realizar libremente actos de administración ordinaria, requiriendo autorización judicial para los actos de disposición y los que excedan la mera conservación de los bienes. Además, existen actos prohibidos al tutor aún con autorización judicial. La responsabilidad del tutor se extiende al lucro cesante causado por no haber dado un destino productivo a los bienes. Tiene también una obligación de rendir cuentas de las rentas y gastos que la administración y persona del menor hubiesen hecho necesarios. Ante dudas sobre la administración llevada a cabo por el tutor, puede serle exigible una exhibición de cuentas.

**RESPONSABILIDAD DE LOS CURADORES:** Es aplicable lo establecido respecto de la responsabilidad de los tutores.

Requisitos:

* Que el autor del daño sea un incapaz declarado judicialmente.
* Que la curatela haya sido decidida en forma legal.
* Que el incapaz habite con el curador. Si se encuentra internado en un instituto de saludo, ya no habita con su curador por haber operado el desplazamiento de la guarda.
* Que el acto dañoso sea objetivamente ilícito. Si el acto se comete durante el estado demencial del demente, el único responsable sería el curador. Si se realiza durante un intervalo lúcido, será necesaria la existencia de dolo o culpa del autor para que nazca responsabilidad.

La misión principal del curador es velar por la recuperación o saneamiento del insano, teniendo funciones de asistencia moral y material. En lo demás se asimila en lo aplicable a la responsabilidad de los padres, solo que su deber de previsión es más intenso, aun cuando el demente no sea considerado peligroso, y su incumplimiento genera una responsabilidad todavía mayor (*Art. 902. Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*).

Hay curadores de dementes, sordomudos, de penados, de inhabilitados judicialmente, a los bienes o ad litem. El único supuesto de curador que encuadra en lo dispuesto por el Art. 1114 es el de los dementes.

La responsabilidad del curador se funda en su culpa en la vigilancia del insano.

**CONTRATO DE HOSPEDAJE Y RESPONSABILIDAD DEL HOTELERO:** *Art. 1.120. Las obligaciones de los posaderos respecto a los efectos introducidos en las posadas por transeúntes o viajeros, son regidas por las disposiciones relativas al depósito necesario*. *Art. 2.227. Será depósito necesario, el que fuese ocasionado, por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros*. La jurisprudencia entiende al contrato de hospedaje como una figura contractual sui generis, innominado con características de la locación de cosas y servicios. De dicho contrato emanan las siguientes obligaciones:

* Respecto de la persona del viajero: Prestar un servicio organizado de hotelería y sus anexos; otorgarle seguridad y tranquilidad respecto de 3° y dependientes; evitar y prevenir delitos en el hotel; poner a disposición del viajero todos los servicios propios del hotel.
* Respecto de los efectos introducidos por el pasajero: El hotelero tiene respecto de ellos un deber de custodia, para mantenerlos indemnes, y un deber de prevenir y evitar las eventualidades que puedan afectarlos. Esta es una obligación de resultado, mientras el huésped esté alojado y aún después si deja cosas en custodia. Este deber es aún mayor respecto de los efectos entregados para ser guardados en cajas de seguridad.
* Derechos del hotelero: Cobrar el precio del hospedaje y el costo de servicios adicionales utilizados por el pasajero; exigir al huésped ciertos límites en su conducta pudiendo interrumpir el contrato ante una causa lo suficientemente grave; retener los efectos del viajero hasta que sea pagado el precio.

Naturaleza de la responsabilidad del hotelero: La doctrina mayoritaria considera que es contractual, ya que el Art. 1120 remite al contrato del depósito necesario, considerando errónea su ubicación entre los cuasidelitos, y por considerar que el hospedaje, como contratación específica, tiene como efecto primario cubrir deberes de custodia, entre otros motivos.

Factor de atribución aplicable al caso: Los autores consideran que es un caso de responsabilidad objetiva: *Art. 1.118. Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellas, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño*. El Art. solo admite la demostración de la causa ajena para la exoneración. También responden pese a desconocer al autor del hecho, respondiendo entonces no solo por el hecho de sus dependientes sino también por el de extraños, como consecuencia de la obligación de garantía que el legislador le impone. Es por eso un caso de responsabilidad objetiva agravada.

Ámbito de aplicación: El hotelero carga con los daños sufridos por la pérdida o menoscabos sufridos por las cosas o efectos introducidos por los viajeros en posadas y hoteles, causados por él, sus empleados o 3°. A los daños causados a las personas se aplica el Art. 1113.

Legitimación pasiva: Recae sobre los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y establecimientos de todo género. En caso de que el hotel se alquile a un 3° para que lo explote, se deberán apreciar las circunstancias del caso a los efectos de la responsabilidad. Cuando el hotel perteneciere a dos o más dueños, no serán solidariamente obligados a la indemnización del daño; sino que cada uno de ellos responderá en proporción a la parte que tuviere, a no ser que se probare que el hecho fue ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, y en tal caso sólo el culpado responderá del daño. Parte de la doctrina considera que en este caso hay una responsabilidad exclusiva del copropietario culposo. En cambio, otro sector considera que el Art. se refiere a las relaciones internas entre los copropietarios. La obligación entre ellos es simplemente mancomunada y no solidaria.

- Los Arts. comprenden también los efectos introducidos en todos los establecimientos donde una persona se aloja e introduce efectos, aunque el alojamiento no sea la causa principal de la estadía (por ej. Sanatorios). Quedan excluidos los lugares donde solo se sirve comida sin dar alojamiento y los alquileres de habitaciones por semanas, meses o años. Tampoco se aplican en los casos de fondas, cafés, casas de baños ni respecto de los viajeros que entren en posadas sin alojarse allí.

Legitimación activa: Solo poseen acción para el reclamo resarcitorio quienes se han alojado o pernoctado en uno de los lugares mencionados, quedando excluidos de la protección los efectos de los visitantes de los viajeros, quienes concurren solo de paso o son locatarios de una habitación. Es decir, que no lo es quien se encuentra accidentalmente en el hotel.

Daños comprendidos: El posadero tiene una responsabilidad amplia que se extiende a todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos por las posadas, sea por destrucción, deterioro o desaparición. Se considera extensivo a los automotores el Art. 2231 que responsabiliza al hotelero de los daños sufridos por los carros. El dinero llevado por el pasajero también integra sus efectos, y los efectos de gran valor, que normalmente los viajeros no llevan consigo, deberán ser comunicados al posadero y si este lo exige exhibidos, ya que caso contrario no será responsable de su pérdida.

Período en que es responsable el hotelero: Comienza en el instante en que los elementos del viajero son introducidos en el lugar, sin importar quién los ha introducido allí. Generalmente el tiempo de la responsabilidad coincide con el del contrato de hospedaje, pero en caso de que el pasajero deje un tiempo más en custodia los elementos allí, el hotelero continuará siendo responsable por tratarse de un depositario.

Causales de liberación de responsabilidad: Se trata de responsabilidad objetiva de modo que la simple ausencia de culpa no exonera de responsabilidad. El posadero no es responsable cuando el daño provenga de fuerza mayor o culpa del viajero, por tratarse de casos imprevisibles, inevitables y extraños al riesgo de la propia actividad. El robo no es causal de eximición de responsabilidad, salvo que sea a mano armada o mediante un escalamiento que no pudiese resistir el hotelero. El incendio tampoco constituye caso fortuito o fuerza mayor, salvo que el posadero demuestre que no fue ni previsible ni evitable.

También lo exime de responsabilidad la introducción de objetos valiosos por el pasajero sin hacérselo saber o sin exhibirlos a requerimiento del posadero.

La víctima debe asumir los daños cuando se deben a su propia culpa. También cuando los mismos sean causados por familiares o visitantes de los viajeros, por tratarse de un caso de 3° por los que no debe responder el hotelero. El hotelero responde por: hechos personales, hechos de sus dependientes, hechos de 3° que se alojan o introducen en la casa.

El posadero no se exime de la responsabilidad, por avisos que ponga anunciando que no responde de los efectos introducidos por los viajeros; y cualquier pacto que hiciese para limitar su responsabilidad, será de ningún valor.

Cuestiones procesales: El huésped que pretende la reparación del daño sufrido en sus efectos debe probar haber estado alojado en el establecimiento y que el daño incide en dichos efectos.

**RESPONSABILIDAD DE CAPITANES DE BUQUES, PATRONES DE EMBARCACIONES Y AGENTES DE TRANSPORTE TERRESTRE:** Lo dispuesto sobre posaderos y hoteleros es aplicable a capitanes de buques, patrones de embarcaciones, armadores –LDN- y transporte terrestre, respecto de los daños causados por la tripulación en los efectos embarcados o de los daños o extravío de los efectos que recibiesen para transportar. Es una responsabilidad contractual objetiva, no susceptible en principio de prueba en contrario.

**RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE:** Principal es quien tiene poderes de dirección y vigilancia respecto del dependiente, tanto dentro de la esfera personal como doméstica. *Art. 1.113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado*.

Fundamento de esta responsabilidad:

* Subjetivo: Se basan en la ausencia de un debido control de las tareas que el empleado debe realizar, en la culpa en la elección del dependiente o en la existencia de una presunción legal de culpa.
* Objetivo:
	+ Tesis del riesgo creado: Como el dependiente cumple el encargo en provecho o beneficio del comitente, es justo que este soporte el riesgo de los daños.
	+ Teoría de la obligación legal de garantía (defendida por los autores del libro): Se trata de una obligación legal de garantía impuesta por consideraciones de justicia y de interés social y como medio de brindar una más eficaz protección a la víctima ante la posible insolvencia del autor directo del daño.
	+ Teoría de la representación o de la sustitución: Hay una aparente confusión jurídica entre la persona del representado y del representante de modo que ésta aparece absorbida por aquella.
	+ Teorías eclécticas.

Extensión de la responsabilidad del principal: Una corriente restrictiva considera que el principal responde solo por los hechos del dependiente cometidos en el ejercicio de sus funciones. En cambio la postura amplia considera que responde por todos los hechos cometidos en ocasión de su función. La doctrina y la jurisprudencia han defendido posturas intermedias.

Requisitos para el nacimiento de responsabilidad del principal:

* Existencia de un hecho ilícito –antijurídico- imputable al dependiente.
* Que medie relación de dependencia entre el autor del hecho y quien debe responder. Esta relación de dependencia no necesariamente implica relación laboral: consiste en la posibilidad de dar órdenes y de organizar determinada actividad. De esto se deriva que en los casos de dependencia se puede hablar tanto de responsabilidad contractual como aquiliana, pues la noción no supone necesariamente la existencia de un contrato. Es necesario que quién actúa y comete el ilícito lo haga desempeñándose en beneficio del comitente, independientemente que sea de forma permanente o temporaria, onerosa o gratuita. Es necesario que el agente esté sujeto a las órdenes o instrucciones del comitente en cuanto a la manera de cumplir la incumbencia –y que éste tenga derecho a impartir dichas órdenes.
	+ Casos dudosos: Cuando el dependiente realiza la tarea auxiliado por otra persona, sub-dependiente suya, la actuación de ésta última compromete tanto al dependiente como al principal. Si el empleador coloca a su empleado a disposición de un 3°, normalmente quien responderá será su empleador habitual. Pero si presta servicios durante un largo plazo en la empresa eventual, podrá ser considerado como perteneciente a esta última y responderá ella. La mera delegación de actividades en otros en propio interés de quien delega puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad.
* Que se cause un daño a 3° y no al propio dependiente.
* Que el daño se provoque en ejercicio o con ocasión de sus funciones (la mayoría de la jurisprudencia y doctrina asimilan los vocablos de ocasión y motivo): los hechos ilícitos de subordinados carentes de toda vinculación con sus tareas nunca obligan al comitente. La responsabilidad del principal no se limita a los daños provocados por el dependiente en el ejercicio regular de sus funciones, sino que se extiende a los supuestos en los supuestos en que ha mediado abuso, desobediencia o incumplimiento irregular de las tareas del agente. El principal es responsable de los daños ocasionados por sus dependientes mediante actos o hechos extraños o ajenos a la función, siempre que de no mediar tal relación de dependencia no se hubieran podido ejecutar. El principal responde por los actos de su dependiente cuando éste ha actuado en vista del fin que aquel le fijó o utilizando los medios puestos a su disposición, aunque hubiese actuando contra la prohibición del principal o con abuso de sus funciones. También debe responder cuando el dependiente realiza el encargo con menosprecio, olvido o violación de las instrucciones o lineamientos a los que debía ajustarse al ejecutar la función. En caso de ejercicio aparente de sus funciones, también responde el principal por no adoptar las medidas o controles necesarios para que ello no ocurra.

- La responsabilidad del principal ha sido considerada en general como inexcusable, en el sentido de que la misma existe aunque pruebe que de su parte no existió culpa. Se trata de una presunción iure et iure.

- La víctima tiene derecho a entablar una doble acción: contra el autor del hecho dañoso y contra el principal. Es un supuesto de responsabilidad concurrente, ya que si bien ambos responden por el todo, los fundamentos jurídicos de la responsabilidad de cada uno son distintos (hay identidad de objeto y de acreedor pero las obligaciones son varias y distintas).

- No existe posibilidad de superposición de la responsabilidad del principal en caso de que el hecho del dependiente sea cometido con cosas respecto de las cuales es dueño o guardián: no importa el carácter de las cosas para determinar la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.

- El principal que ha pagado a la víctima una indemnización generada por un ilícito del dependiente posee acción contra este último para reclamar todo lo que hubiere pagado.

**ACCIDENTE DE TRANSITO**:

 Responsabilidad concurrente del conductor, del propietario del rodado y de la Municipalidad donde se produjo el siniestro. RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD: Negligencia por falta de señalización e iluminación de una zona riesgosa para los automovilistas. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES: conductor del vehículo menor de edad. Padres divorciados. Responsabilidad refleja del padre conviviente. "**Codarin, Santiago y o c/L., R. y otros s/daños y perjuicios**":

"La culpa se verifica, porque el cordón "presenta signos de destrucción por haber sido más de una vez colisionado por distintos tipos de rodados que transitan por el lugar", y, pese a ello, hubo obduración del ayuntamiento en no colocar advertencias gráficas y luminosas del peligro. Aunque es una cosa estática que accede a la calle, puede resultar aprehendido en las previsiones del Art. 1113 CC: la norma no habla de "cosa riesgosa" sino del riesgo de la cosa, por lo que el juez debe preguntarse, en cada oportunidad, si la cosa genera un riesgo en el que pueda ser comprendido el daño sufrido por la víctima.

Las obligaciones entre los responsables directos del evento dañoso y los responsables indirectos no son solidarias sino concurrentes. En éstas, los porcentajes de responsabilidad atribuidos a cada uno de ellos solo tiene por objeto dilucidar eventuales acciones de reintegro entre los causantes del daño y el responsable indirecto, pero no pueden ser oponibles a la víctima, que puede reclamar el todo de cualquiera de ellos.

Si bien la ley establece la solidaria responsabilidad del padre y de la madre por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos (Art. 1114 del C. Civil), -para el supuesto de que los progenitores no convivan- oblitera la responsabilidad de aquél que no ejerza la tenencia del menor, salvo que, al producirse el evento dañoso, el hijo estuviera a su cuidado.

**RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE EN ABUSO DE SUS FUNCIONES: "Jara Badilla de Margarit Olivares, Elda Leonides contra Pacheco, Ermenegildo y otro. Daños y perjuicios":** Conforme a la teoría del riesgo creado, para responsabilizar al principal, basta que el hecho ilícito del subordinado haya sido realizado "con ocasión" de las funciones, es decir que quedan comprendidos también los ajenos o extraños a ésta, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el dependiente en calidad de tal y "con motivo" de sus funciones. Es decir que de no mediar tal relación de dependencia no hubiera podido ejecutarse. La circunstancia de que el acto ilícito lo haya cometido el dependiente utilizando el tractor de su comitente en transgresión a las directivas de éste y contra su voluntad o que se produjera en día feriado, no torna de aplicación al sub-examen la exención de responsabilidad prevista en el in fine del art. 1113 CC. La responsabilidad del dueño o guardián y la del principal o comitente funcionan con cierta independencia y es por ello que la exención de responsabilidad del artículo 1113 se aplica al dueño o guardián "en cuanto tal" pero no se extiende a la del principal, es decir a la responsabilidad indirecta de éste por el hecho de su dependiente. Se opta entonces por sacrificar al eventual comitente (principal) inocente del daño obrado por su subordinado en función de los propósitos de la política legislativa de prevención de peligros y eliminación de litigios. Y además se excluye de toda posible discusión lo relativo a la culpa del patrón, de modo que no quede librada a la contingencia de las pruebas judiciales.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Establecimientos educativos**. Homicidio ocurrido durante el horario de clase. Salida de los menores antes de finalizar el horario escolar. RECHAZO DE LA DEMANDA INTERPUESTA CONTRA EL ESTADO PROVINCIAL. Cumplimiento de las normas que regulan las autorizaciones de los menores para retirarse del Colegio antes del horario. Falta de responsabilidad por la muerte ocurrida fuera del establecimiento educativo. Inexistencia de relación causal entre la omisión imputada al Colegio y el daño ocurrido. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES DEL HOMICIDA. Negligencia. Falta de vigilancia activa sobre el menor al no brindarle una contención psicológica o psiquiátrica adecuada y necesaria. Indemnización. Resarcimiento de los daños a los padres de la víctima - **"A, E y ot. c/Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", causa nº 100.508, y "A, E H y ot. c/T, M A s/ Ds. y Ps."**.

Dada la fecha del ilícito (27 de mayo de 1996), deviene inaplicable el art. 1117 CC, conforme la redacción dada por la ley 24.830 (vigente a partir del 16-7-97) y, por consiguiente, el régimen sobre responsabilidad civil de los establecimiento educativos privados o estatales que la norma a partir de su vigencia establece.

La demandada demostró haber cumplido con las normas que regulaban las autorizaciones de los menores para retirarse del Colegio antes del horario y, por consiguiente, en que no es responsable por la muerte ocurrida fuera del establecimiento. Descartada la aplicación del art. 1117 CC en su actual redacción, no existe en el caso una responsabilidad objetiva de la demandada; deberá responder en razón de la obligación de seguridad accesoria al contrato de enseñanza siempre que no demuestre haber puesto toda la diligencia que fuera menester en el control y cuidado de los educandos y tomado todas las medidas de vigilancia necesarias para evitar a los alumnos los daños que las circunstancias hicieran previsibles.

Está demostrado que la salida de la menor del colegio, antes de finalizar el horario, fue autorizada de acuerdo a la normativa vigente al momento del hecho y que, en el marco de las probadas circunstancias de tiempo, modo, y persona, no puede atribuirse a la demandada culpa o negligencia que comprometa su responsabilidad. Se trata de una escuela de comercio nocturna cuya población escolar está constituida en su mayor parte por adultos y en menor proporción por menores adultos que trabajan. Es evidente que en razón de ello las normas de permanencia y retiros del colegio antes del horario, debían ser flexibles y distintas a las que rigen en los establecimiento diurnos.

Nada demuestra que la actora manifestara su disconformidad con este régimen de salidas, ni que hiciera saber a las autoridades del Colegio que, a contrapelo del reglamento, se prohibiera a la hija de ellos salir antes del horario con la sola autorización de sus directivos. Habiendo quedado acreditado que la demandada cumplió razonable y adecuadamente con la obligación de seguridad asumida, ha de confirmarse la sentencia apelada en cuanto desestima la demanda a su respecto.

**UNIDAD 11:**

**RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS CON INTERVENCIÓN DE COSAS:**

No es posible juzgar a un objeto inanimado ni a un animal como culpable sino que es su dueño quien debe asumir la obligación de cuidar y controlar la cosa para que no cause daño, o en caso contrario está obligado a resarcir el daño que ellas causasen. El CC consagra un sistema de responsabilidad objetiva, sin culpa, por los daños resultantes del riesgo o vicio propio de la cosa.

*Art. 1.113. La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado.*

*En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.*

*Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable*.

El Art. comprende el daño causado “con” las cosas y el provocado “por” el vicio o riesgo de las cosas. Si bien es cierto que existen cosas que por su propia naturaleza son riesgosas y cosas que en sí no revisten ninguna especial peligrosidad y parecen completamente inofensivas, las cosas pueden generar responsabilidad, en la medida en que de su mera existencia o utilización resulte un daño. Es decir, que lo que debe tenerse en cuenta es si, de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto, la cosa puede ser considerada como causante del daño: lo esencial es la incidencia causal de la misma, evaluada ex post facto.

Daño causado “con” o “por” la cosa: El 1° caso es el de los daños causados por el hecho del hombre valiéndose de una cosa, existiendo una simple inversión de la carga de la prueba; el 2° caso es el de los daños causados por la cosa de forma autónoma de todo quehacer humano, de modo que la culpa no es un presupuesto de esta responsabilidad.

* Daño provocado por el hecho del hombre “con” la cosa: la presunción de culpa instaurada contra el dueño o guardián puede ser salvada con la prueba de que se comportó con la diligencia y prudencia adecuadas para evitar el daño. Es decir que basta acreditar la ausencia de culpa.
* Daño causado “por” vicio o riesgo de la cosa: Existe una responsabilidad objetiva del dueño o guardián, el cual se exime demostrando la conducta de la víctima o de un 3° por el que no se debe responder. Es necesario que la cosa sea viciosa, es decir, que un defecto de ésta, aparente u oculto, sea el factor determinante del daño. Se entiende que la idea de “riesgo” involucra la de “vicio”, bastando entonces acreditar el riesgo de la cosa por su naturaleza o utilización. El actor debe probar que la cosa tiene carácter de riesgosa o viciosa y la relación de causalidad adecuada entre la intervención de esa cosa y el daño causado. Es decir que si la cosa no generó riesgo en el evento dañoso, sino que solo la negligencia del operario provocó el daño, no cabe responsabilizar al dueño de la cosa por ello. En estos casos se responde conforme a la *teoría del riesgo creado*, según la cual no se responde porque hay una conducta reprochable, sino porque se ha generado el factor material del cual, como condición indispensable, provino el daño. Es importante señalar que el Art. comprende los daños producidos por una cosa y no por una mera actividad o conducta que resulta riesgosa.

Requisitos de la responsabilidad por daños causados “por” la cosa:

* Ausencia de autoría humana con respecto a la acción de una cosa.
* Daño a un 3°.
* Relación de causalidad entre la acción de la cosa y el daño.
* Calidad de dueño o guardián de la cosa del demandado.

Causales de eximición de responsabilidad:

* Culpa de la víctima o de un 3° extraño por quien no deba responder el dueño o guardián.
* Caso fortuito o fuerza mayor, la cual debe provenir de circunstancias externas a la cosa y ajenas a su riesgo o vicio.
* Uso contra la voluntad del dueño, expresa o presunta. Cuando quien hace uso de la cosa contra la voluntad del dueño-principal, este último igual responde, pero en su calidad de principal.
* Hurto o robo de la cosa, salvo que por su culpa o negligencia se hubiera facilitado la sustracción.

Factor de atribución: Riesgo creado, independientemente de toda culpabilidad del autor.

Dueño: Titilar de un derecho real de dominio sobre una cosa. Guardián: Distintas teorías:

* Guarda material: Tiene la cosa materialmente en su poder y ejerce de hecho su vigilancia y dirección.
* Guarda provecho (postura de Trigo Represas): Aprovecha, usa y obtiene de la cosa un beneficio económico o personal, de placer o salvaguarda de sus intereses.
* Guarda jurídica: Autoridad de iure, de la que nace la posibilidad de vigilancia efectiva, mandato, contralor y dirección.
* Guarda poder de mando: De hecho ejerce un poder de mando con relación a la cosa, sin que interese que tal poder derive o no de un derecho sobre la misma.
* Guardián de la estructura y del comportamiento.
* Posiciones eclécticas.

Nuestro sistema consagra la responsabilidad indistinta del dueño o guardián frente a la víctima, de modo que está habilitado para dirigir su acción por el todo contra cualquiera de ellos. Sus responsabilidades son conjuntas o concurrentes, de modo que no se excluyen entre sí y cada uno responde por un título distinto ante el damnificado. En consecuencia, la transferencia de la guarda tiene relevancia si se trata de responsabilizar al guardián, pero no para exonerar al dueño.

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES:** Todo perjuicio que causare un animal genera una acción resarcitoria en contra de su dueño, existiendo regímenes diferenciados para los casos de:

* Animales domésticos –se crían en una casa y adaptan a la vida y costumbre del hombre: El dueño puede exonerarse de responsabilidad probando que de su parte no hubo culpa, ya que existe solo una presunción de culpa.
* Animales feroces –de instintos crueles y sanguinarios, peligroso para el hombre más allá de alguna domesticación accidental- que reportan utilidad para la guarda o servicio de un predio: Mismas reglas que caso anterior.
* Animales feroces que no la reportan: Los daños serán siempre imputables al dueño aunque no le hubiera sido posible evitar el daño y aunque el animal se hubiere soltado sin culpa de los que lo guardaban. Es decir que la responsabilidad es objetiva.

No salva la responsabilidad del dueño que el animal no estuviese en los hábitos generales de su especie.

Estas normas se aplican a los daños causados por una reacción propia del animal, con exclusión de toda incitación humana. En estos últimos casos no se trata de un hecho del animal sino de un hecho del hombre.

El animal ha de ser la causa del daño. La responsabilidad queda excluida cuando el animal siguió exclusivamente los manejos de otra persona o fue aprovechado por la misma, como objeto inanimado, o constituye solo un obstáculo que obra mecánicamente.

*Art. 1.130. El daño causado por un animal a otro, será indemnizado por el dueño del animal ofensor si éste provocó al animal ofendido. Si el animal ofendido provocó al ofensor, el dueño de aquél no tendrá derecho a indemnización alguna*. Se reduce a determinar cuál fue el animal que provocó el incidente. De no poderse determinar cuál fue el animal ofensor, no habrá lugar a indemnización por no darse el fundamento legal.

Fundamento de la responsabilidad: No hay un fundamento único:

* Subjetivo: La mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia se fundamentan en la idea de presunción de culpa.
* Objetivo: Modernamente se basa en la idea de riesgo: se considera que el dueño de un animal aprovecha sus servicios y por lo tanto debe cargar con los perjuicios causados.

Legitimados pasivos:

* Dueño o propietario del animal. Se considera que es dueño o propietario el poseedor de buena fe del animal por tratarse de una cosa mueble. Su responsabilidad se configura incluso cuando el animal, en el momento en que causó el daño, estaba bajo la guarda de sus dependientes. El dueño no será responsable en estos casos cuando el dependiente se sirve del animal en su propio provecho, con o sin autorización de aquel.
* Guardián: Quién tiene el animal para servirse de él. En estos casos, el guardián tiene acción recursoria contra el dueño o propietario cuando se demuestre que a éste le es imputable culpa y que la misma haya sido causa del daño.
* 3° que excitó, provocó o molestó, al animal. Se trata de un supuesto de responsabilidad por el hecho personal.

Eximición de responsabilidad: La responsabilidad del dueño o guardián reposa en una presunción de culpa invigilando iuris tantum, la cual no desaparece por la mera acreditación de haberse puesto todos los cuidados del caso sino solo en las causales establecidas por ley:

* No puede sustraerse a la obligación de pagar el daño ofreciendo abandonar la propiedad del animal.
* Fuerza mayor o caso fortuito.
* Hecho de la víctima.
* Daño causado por el hecho de un 3° por el cual no se debe responder.
* Si el animal que causó el daño se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo. El dueño debe haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar que el animal no pudiese soltarse o extraviarse. Esta causa de exoneración debe ser interpretada restrictivamente.

Daños causados por animal abandonado o sin dueño: No están comprendidos por la norma.

**ACCIDENTES DE AUTOMOTORES:**

La responsabilidad por accidentes de automotores está regulada por el CC (Arts. 512 y 902), Dec.-Ley 6582/58, la Ley de Tránsito de 1995 (jurisdicción nacional) y distintas leyes provinciales y ordenanzas municipales.

Actualmente, la doctrina y jurisprudencia consideran que los accidentes de automotores caen dentro de la órbita del Art. 1113, párr. 2, parte 2 del CC, y resultan alcanzados por la responsabilidad civil por el riesgo creado. Es decir que todo daño causado por un automotor en movimiento obedece al riesgo propio de la cosa y también al de la actividad desarrollada.

Legitimación pasiva:

* Conductor del vehículo: La obligación de resarcir pesa sobre quien conduce el automotor al momento de producirse el daño. Actualmente se considera que su responsabilidad es objetiva, por tratarse de una actividad riesgosa con una cosa.
* Responsabilidad por el hecho ajeno: Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y del padre, tutores y curadores por los hechos de sus hijos o pupilos.
* Responsabilidad del titular registral del automotor: Es el dueño por lo que debe responder (Art. 1113). La ley establece el sistema de inscripción registral constitutiva, considerándose que quien omite cumplir con este requisito obra antijurídicamente. La inscripción podrá ser peticionada por cualquiera de las partes, y si el adquirente no cumple con esto el transmitente puede revocar la autorización para circular con el automotor. Hasta tanto se inscriba la transferencia, el transmitente será responsable como dueño de la cosa. Sin embargo, si con anterioridad al hecho dañoso hubiese comunicado al Registro la transferencia, se reputará al adquirente o a quiénes este hubiera dado el uso o tenencia, como 3° por los cuales el dueño no debe responder, ya que el automotor fue utilizado en contra de su voluntad. Dicha comunicación implicara, transcurridos 10 días, el cese de la autorización para circular. Se considera que esa denuncia de venta no opera como una causal de eximición, sino que consiste en un caso específico de la eximición por el hecho de un 3° por el cual no se debe responder o por el uso contra la voluntad del dueño. Quien pretenda liberarse de la presunción revocando la autorización para circular deberá acreditar:
	+ Que firmó y entregó al adquirente la documentación que la ley exige.
	+ Comunicación al Registro en forma y tiempo legal y antes del hecho dañoso.
	+ Entrega de la posesión o tenencia del automotor a un 3° por quien no debe responder.
* Responsabilidad del guardián del automotor: Cuando una vez efectuada la denuncia de venta, el vehículo resulta objeto de sucesivas transmisiones a 3°, el titular registral no será responsable, por operar dicha denuncia. El último adquirente asume la calidad de guardián, por ser él quien lo tiene bajo su cuidado, gobierno y control, y quien se sirve de él. El denunciado registralmente como adquirente deja de ser guardián, al dejar de servirse de la cosa y tener su control, gobierno y dirección, por lo tanto su legitimación pasiva desaparece.
* El asegurador.

Eximentes:

* El hecho o culpa de la víctima:
	+ Peatones: Si el daño se produce al momento en que cruza la calle por una senda peatonal, goza de prioridad de paso absoluta; si cruza fuera de la zona de seguridad, si bien algunos consideran que realiza una conducta imprudente, otros sostienen que aun así es un riesgo común, inherente al tránsito, debiendo el conductor estar atento a ellos. En caso de duda debe estarse por una interpretación favorable al peatón.
	+ Motociclistas sin casco: La falta de casco, si bien constituye una infracción a las normas de tránsito que debe ponderarse a la hora de analizar las lesiones sufridas por la víctima, por sí sola no convierte al infractor en causante de su propio daño. Sí tiene relevancia la velocidad de la moto.
	+ Ciclistas: La falta de casco debe ser evaluada de igual forma que en el caso de los motociclistas. Cuando el ciclista sufre un daño circulando por una vía no autorizada para ello, algunos consideran que se configuraría una interrupción del nexo causal, otros no.
* Caso fortuito o fuerza mayor (niebla, animales sueltos, etc.).
* Colisión entre dos o más automotores – Riesgo recíproco: Se considera que la idea de neutralización de presunciones carece de sustento normativo, debiendo el dueño o guardián de cada uno de los vehículos que intervienen en la colisión responder por los daños causados a otro, salvo que acredite una eximente idónea, conforme a la teoría del riesgo creado. En el caso de las colisiones plurales en cadena, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia consideran que todos los intervinientes deberán responder solidaria o concurrentemente y luego ejercer las correspondientes acciones de regreso.

**JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR QUE ENAJENA EL AUTOMOTOR:**

**1) Plenarios Cámara Nacional Civil y Comercial**

**a) “MORRAZO VS. VILLARREAL”** 18 de Agosto de 1980: “...no subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor como titular del vehículo causante del daño, cuando lo hubiera enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la fecha del siniestro, si esta circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso...”.

**b) “MORRIS DE SOTHAM VS. BESUZZO”**, 9 de Septiembre de 1993: “...la doctrina establecida en el fallo plenario dictado el 18/8/80 en la causa `Morrazo, Norberto y Otro vs.Villarreal, Isaac y Otros”, no mantiene su vigencia luego de la sanción de la ley 22.977, modificatoria del decreto ley 6582/58.”

**2)** **Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**

***A) "RODRÍGUEZ, MARÍA JULIA CONTRA SALERNO, RAÚL ERNESTO Y OTROS. DAÑOS Y PERJUICIOS",*** 23/12/1997: *Si el titular registral del automotor no comunicó al Registro respectivo la transferencia del automotor (aviso de venta), responde por el daño provocado por ese vehículo a un 3°.*

**3) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

**a) “*CAMARGO, MARTINA Y OTROS C/ SAN LUIS, PROVINCIA DE Y OTRA*”, 21 de mayo de 2002**

1.- Los efectos que la ley 22.977 atribuyen a la denuncia de venta no excluyen la posibilidad de acreditar en el juicio de manera fehaciente que el titular registral ha perdido la guarda del vehículo con anterioridad al suceso que genera su responsabilidad y permiten -por ende- que se evalúe en la causa si subsiste la responsabilidad que le atribuye la primera parte del art. 27 de la norma aludida.

2.- La denuncia de venta se dirige, esencialmente, a relevar a quien el registro indica como propietario, de la necesidad de demostrar que ha perdido la disponibilidad material del automotor con motivo de su venta, al haberlo entregado a terceros “por quienes él no debe responder”.

3.- Si la ley exonera de responsabilidad a quien efectúa una denuncia unilateral de venta -cuya sinceridad no es objeto de comprobación- no cabe privar del mismo efecto a quien demuestra efectivamente que se encuentra en idéntica situación, es decir que no dispone del vehículo por haberlo enajenado y hallarse el automotor en poder del adquirente o de terceros que de éste hubiesen recibido el, uso, tenencia o posesión. Esa solución se corrobora si se advierte que la ley no establece una presunción iuris et de jure de que el propietario que no denunció haber vendido y entregado el automotor, conserva su guarda, por lo que configuraría un exceso ritual privar al titular registral de la posibilidad -jurídicamente relevante- de demostrar si concurre tal extremo.

**Daños y Perjuicios. Accidente de Tránsito. Peatón. Cruce incorrecto de la calzada. Culpa de la víctima. Maniobra de marcha atrás. Art. 1113, 2da. parte, C. Civil. - *“Verón Bemita c/Cessa Carlos Raúl y otros s/Daños y perjuicios”:*** Se dedujo una acción tendiente a obtener la reparación de los perjuicios sufridos por una persona, al haber sido embestida por un automotor que luego de estar estacionado, dio marcha atrás para retomar para reiniciar su marcha.

Es aplicable el régimen del art. 1113, 2° parte CC, ya que los automotores en movimiento son cosas riesgosas. El riesgo y vicio de la cosa, da nacimiento a la responsabilidad del dueño o guardián, con total prescindencia de la culpa. En consecuencia, le correspondía a los demandados, a los fines de eximirse en forma total o parcial de la responsabilidad, desvirtuar la presunción en su contra, acreditando a tales fines alguna de las causales eximentes de responsabilidad. La demandada sostiene que la responsabilidad de la víctima surge por cuanto aquélla cruzó la calzada fuera de la senda peatonal.

Teniendo por cierto que la actora inició el cruce de la calle por la mitad de la cuadra, cabe señalar que la circunstancia de que un vehículo haga marcha atrás para reingresar a la circulación, no puede considerarse como un hecho imprevisto, máxime si no se ha probado que lo haya hecho a inadecuada velocidad. Además, era obligación de la actora adoptar los recaudos necesarios a fin de iniciar el cruce sin riesgo, siendo elemental mirar hacia ambos lados de la calle. Cuando un peatón aparece en forma imprevista para el conductor del vehículo que lo atropella, su responsabilidad es indudable y debe cargar con las consecuencias de su andar imprudente al no tomar las precauciones necesarias para cruzar la calzada, sobre todo si se trata de una calle que tiene un intenso tránsito de vehículos.

El haber intentado el cruce de la calzada fuera de la senda peatonal, en forma imprevista en una avenida de tránsito ligero y sorprendiendo al conductor, que lo hacía por su mano a velocidad reglamentaria constituye una expresión de culpa en contra del transeúnte, habida cuenta que si bien el conductor debe conservar en todo momento el pleno dominio sobre su máquina, no puede exigírsele que lo haga al punto de responsabilizárselo de las manifiestas imprudencias cometidas por los peatones.

**ACCIDENTE DE TRANSITO. Volquete embestido por un rodado. Culpa concurrente. Responsabilidad del conductor del rodado, del propietario del volquete y el contratista de la obra. Art. 1113, 2° párrafo, 2° Ap. CC - "Gallo Ramón Antonio c/ Truck Service S.A. s/ Daños y Perjuicios" - 31/10/2002**

La proliferación de la instalación de contenedores - volquetes - en la vía pública con invasión de la calzada, ha tornado frecuente la ocurrencia de accidentes como el que motiva esta demanda. Ello, no empece a que, según las circunstancias del caso pueda deslindarse la responsabilidad entre las partes como consecuencia de la instalación de los mismos.

El caso debe encuadrarse dentro del artículo 1113, 2º párrafo, 2º CC, toda vez que el daño ha sido causado por el riesgo de la cosa y, por tanto, la presunción de responsabilidad que emana de dicha norma, sólo puede ser desvirtuada parcial o totalmente, demostrando que concurre alguna de las eximentes que la misma prevé, esto es, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder."

**ACCIDENTE DE TRANSITO - DAÑOS Y PERJUICIOS - Exclusión de la condena al contratante de la póliza de seguro, a la firma comercial interviniente en la venta del vehículo y al titular registral del mismo -**  **"Oliva, Enrique contra Fahler, Oscar Alberto. Daños y perjuicios" y acumuladas 1: "Manzano, Jorge Félix contra Fahler, Oscar Alberto y otro. Daños y perjuicios" y 2: "Manzano, Christian Hernán contra Fahler, Oscar Alberto y otros. Daños y perjuicios" - SCBA - 16/02/2005:**

La única actividad desplegada por quien el codemandado Luis Alfonso Hefling consistió en la contratación de la póliza de seguro a favor de la unidad. De ahí que no deba responder por los daños ocasionados por el rodado de marras ya que tal conducta no puede ser vinculada con ninguno de los factores de atribución de responsabilidad civil que contempla el ordenamiento legal vigente.

Tampoco puede responsabilizarse al titular registral del automotor ya que el art. 27 del dec. ley 6582/1958 (t.o.) consagra como presunción iuris tantum la falta de responsabilidad de quien cumplimenta la denuncia allí viabilizada, en tanto la omisión de realizarla permite presumir con el mismo alcance la responsabilidad de quien ha incurrido en ella, siempre que no pruebe acabadamente el desprendimiento de la posesión y custodia del vehículo, es decir que su animus domini existió en la realidad de los hechos.-

Con relación a la responsabilidad de la concesionaria tampoco resulta atendible la protesta. Faltando la inscripción como comerciante habitual de automotores, no pesaba sobre ella la obligación de "inscribir a su nombre los automotores usados que adquieran para la reventa posterior". La falta de inscripción determina que el vendedor de automotores no se vea alcanzado por este régimen, pero en ningún caso esa simple omisión implicará que sea tenido como responsable por los daños que ocasione un determinado vehículo.-

 **“Prado, Eduardo F. y otro contra Umerez, Eduardo A. y otro. Daños y perjuicios”** La SCBA modifica su doctrina en materia de **prioridad de paso** (antes adscribía a la llamada doctrina de la prioridad absoluta, y ahora, a partir de este fallo a la doctrina de la prioridad relativa). No cabe evaluar la regla de prioridad de paso en forma autónoma o desconectada de las circunstancias del caso. Corresponde analizar su vigencia en correspondencia con la simultánea existencia de otras infracciones y en correlación, también, con los preceptos específicos que disciplinan la responsabilidad por daños. Inclusive el propio texto del art. 57 inc. 2 relativiza lo absoluto de esa preferencia enunciando distintas hipótesis en que pierde vigor. El hacer respetar la prioridad de que goza quien circula por la derecha constituye un factor ordenador de primera magnitud, pero no puede conducir a una inteligencia omnicomprensiva, generalizante y puramente mecánica de tal regla.

**"Salinas, Marcela contra Cao, Jorge. Daños y perjuicios"**. La SCBA entiende que la noción de **“avenida”** debe incluirse dentro de las **“vías de mayor jerarquía”** del 57 2) inc. c) de la Ley Provincial de Transito.

La Cámara consideró que el art. 57 inc. 2. ap. 3 de la ley 11.430 no incluye a las "avenidas" entre las arterias de mayor jerarquía que permiten excepcionarse de la regla general de prioridad de paso. Esto implica darle a los casos mencionados en la excepción como ejemplos de “vías de mayor jerarquía” un carácter taxativo. Y la regla dice que la preferencia cede frente a las vías de mayor jerarquía. No hay duda que las avenidas de doble mano y generalmente de nutrido y abigarrado tránsito en las urbes actuales poseen una mayor jerarquía que las arterias o calles de una sola mano que se asoman o desembocan en ellas.

El mismo legislador luego de resaltar el carácter absoluto de tal prioridad, se encarga de señalar particulares situaciones en que la misma se pierde por ejemplo: "cuando circulen vehículos por una vía de mayor jerarquía: autopistas, semiautopistas, rutas y carreteras. Antes de ingresar o cruzarla debe siempre detener la marcha". Esta misma conducta, es la que cabe exigir cuando se intenta ingresar o cruzar, desde una calle de una mano, una avenida ciudadana de doble mano y, sobre todo, en aquéllas en que no existe una rambla divisoria que permita el cobijo del vehículo que surcó la primera mano y se encuentra con automotores que ruedan por la segunda mano.

La conducta a asumir en tales casos, el modo de neutralizar tales riesgos por el conductor que se asoma a una Avenida de doble mano es hacerlo con extrema prudencia y cautela, poniendo el debido celo en el estricto cumplimiento y acatamiento de la norma de prevención que regula tal situación.

**ACCIDENTE DE TRANSITO. Daños ocasionados por animales sueltos en la ruta. Ganado "orejano". Irresponsabilidad del Estado provincial y de la empresa concesionaria - "Expreso Hada S.R.L. c/ San Luis, Provincia de y otros s/ cobro de pesos" CSJN - 28/05/2002:** La eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el Art. 1124 CC, a su propietario. Respecto de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.

Forzoso es concluir que cabe atribuirle responsabilidad a la concesionaria de la ruta, quien no puede asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propias de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que -de acuerdo con los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito deben ser ejercidas por la autoridad pública. No resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza, ya que el reglamento de explotación impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes a impedir la presencia de animales sueltos en la zona del camino, y los erige en "responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar.

**Daños y perjuicios. Responsabilidad del corredor vial. Animales sueltos en la ruta. Recurso extraordinario Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ferreyra, Víctor D. y Ferreyra, Ramón v. V.I.C.O.V. S.A. s/daños y perjuicios” Corte Suprema de Justicia de la Nación**: El vínculo que se establece entre el concesionario y el usuario de una ruta de peaje, es contractual. La responsabilidad de la demandada es amplia, derivada del incumplimiento del deber de seguridad, al no haber tomado precaución alguna respecto a los animales sueltos a fin de evitar accidentes como el que ocurrió en el caso de autos, ya sea intentando retirarlos de la ruta, requiriendo la intervención de autoridad competente o alertando a los usuarios acerca de su existencia. Entendió, por otro lado, que el caso se encuentra subsumido en las previsones de la ley 24.240 LCD, que hace operativa la protección otorgada de modo amplio en el artículo 42 CN, al considerar que se trata de una típica relación de consumo.

**ACCIDENTE DE TRANSITO - COLISION CON ANIMALES SUELTOS EN RUTA CONCESIONADA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA CONCESIONARIA VIAL. Equino "orejano". Animal domesticado y abandonado por su dueño. Inaplicabilidad del art. 1124 del CC. Los animales abandonados por su dueño no pasan al dominio privado del Estado. Inexistencia de responsabilidad estatal. Incumplimiento de la concesionaria de la obligación impuesta por el Reglamento de Explotación. Ausencia de carteles indicadores de la existencia de animales sueltos. Muerte del conductor. Riesgo imprevisible. Art. 902 CC. Daños y perjuicios. Indemnizaciones. Disidencia. B. 606. XXIV - "B., I. del C. P. de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios" - CSJN - 07/11/2006:** El caballo que intervino en el siniestro tenía una marca, cuyo diseño no se encontraba registrado en la Provincia de Buenos Aires y no se detectó ningún poseedor o dueño del equino. En tales condiciones, corresponde considerar que se trataba de un animal domesticado abandonado por su dueño (arts. 2605 y 2607 CC), de modo que queda impedida la responsabilidad art. 1124 CC pues dicho precepto no se aplica cuando los animales carecen de dueño o no están bajo la guarda de nadie. Los animales domesticados abandonados por su dueño no pasan al dominio privado del Estado y pueden, entonces, ser apropiados por cualquiera. Ello es lo que resulta, en efecto, del art. 2527 CC que, en este aspecto, no hace otra cosa que aplicar el principio más amplio de que tratándose de cosas muebles abandonadas, el Estado no toma la posesión de ellas y, por consiguiente, quedan en condiciones de ser apropiadas. De ninguna manera, pues, se puede reputar a la Provincia de Buenos Aires como dueña o poseedora del caballo que impactó contra el vehículo, por lo que también se confirma la inaplicabilidad del art. 1124 CC a su respecto.

La atribución de un deber de seguridad infringido que los actores hacen al Estado para justificar su condena, no puede ser tenida en cuenta a ese fin porque no han identificado cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia.

**ACCIDENTE DE TRABAJO. Recolector de residuos. Modificación del criterio respecto del vocablo "cosa" (Art. 1113 del Código Civil): tarea desempeñada por el trabajador como factor de causación del daño - "Ferreyra, Gustavo Raúl contra Benito Roggio e Hijos S.A. y otra. Indemnización por daños y perjuicios" - SCBA - 29/09/2004**: Trascendiendo el puro concepto físico del término "cosa", no cabe omitir la ponderación razonada de la incidencia que posea la tarea desempeñada por el trabajador, pudiendo la propia actividad laboral constituirse en factor de causación porque en el ámbito del Art. 1113 CC no cabe una interpretación estrecha de dicho concepto. Atendiendo a la textura abierta que presenta el lenguaje del derecho, el vocablo 'cosa' se extiende para abarcar, en la actualidad, las tareas específicas del trabajador y la actividad laboral toda. Si a ello se agrega que cuando esas tareas pueden generar un resultado dañoso, deben ser incorporadas al concepto de riesgosas, de donde se deriva que deben quedar incluidas en las previsiones del Art. 1113 CC.

**Cosa riesgosa. Carácter inerte. Relación con el uso al cual estaba destinado. Responsabilidad estatal. Pose, José D. c. Provincia de Chubut y otra. 01/12/1992, Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

La cosa cuya utilización determinó el accidente sufrido por el actor --pese a su carácter inerte: era un trampolín o plataforma colocada con ese fin específico-- se presenta claramente como riesgosa, y aun viciosa, en relación con el uso al cual estaba destinada. En efecto, aun en la pleamar, con una altura de las aguas de 4,70 mts. sobre el 0 de la carta, la profundidad en la torre era de 2,20 mts., en tanto que la necesaria para la seguridad en el salto desde la plataforma más baja era de 2,50 mts. Nunca, pues, podía ser utilizada sin peligro. Y las condiciones expresadas se vieron aun agravadas en el momento del accidente, cuando la profundidad había descendido a. Ello hace inequívocamente aplicable al caso lo dispuesto por el art. 1113, párr. 2°, parte 2°, CC, que hace responsables al dueño y al guardián salvo que la relación de causalidad quede interrumpida por la culpa de la víctima o de un tercero por el cual aquéllos no deban responder.

La responsabilidad de la provincia se halla comprometida por su calidad de propietaria de la playa, la cual implica también la de las cosas accesorias instaladas en ella.

**UNIDAD 12: EL DESEQUILIBRIO SUBJETIVO EN CIERTAS RELACIONES Y SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD:**

**RESPONSABILIDADES PROFESIONALES:** Actualmente no se discute la naturaleza contractual de la relación profesional-cliente salvo excepciones. Se trata de un contrato innominado e *intuito personae* en el que el profesional se obliga a prestar un servicio en base a sus conocimientos científicos o técnicos, tratándose en ciertos casos de una obligación de medios –médicos, abogados, etc.- y en otros de resultados –ingenieros, arquitectos, etc. En el 1° caso, entonces, el no cumplimiento del resultado esperado no configura responsabilidad civil, salvo que se acredite una conducta negligente culposa que no se coincide con las circunstancias, idoneidad, previsión, que le correspondían. En este tipo de obligaciones, para exonerarse de responsabilidad, le basta al prestador del servicio acreditar la no culpa: que se condujo con prudencia y conciencia. Hay que tener en cuenta que en los casos en los que el abogado no se encuentra vinculado contractualmente con el beneficiario de sus servicios –patrocinio gratuito por ejemplo, la responsabilidad es aquiliana.

En esta materia la prueba debe tratase de una carga compartida, ya que por lo común es el profesional demandado quien puede aportar mayores elementos probatorios a la causa.

Si bien existen incumplimientos específicos de cada actividad, es suficiente aplicar las reglas y principios generales que rigen en materia de comportamiento ilícito, sin necesidad de recurrir a una caracterización especial. El juez al momento de juzgar cuenta con la regla Art. 902 CC: *Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos*, la cual debe ser combinada con las de los Arts. Art. 909: *Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes* y Art. 512: *La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*. El “estándar” aplicable entonces será el de “buen profesional”.

Principio de la discrecionalidad: Implica determinar cuál es el alcance de la autonomía técnica de la que se vale el profesional en su actividad.

Abogados y jueces: La abogacía tiene una misión preventiva, consistente en evitar en lo posible la litigiosidad, procurar conciliar a las partes y llegar al juicio como la última solución. Elementos configurativos de su responsabilidad:

* Antijuridicidad: Violación de un deber jurídico preexistente, derivado por ejemplo de las normas de ética profesional. Entre ellos se destacan los deberes de lealtad, probidad, veracidad, buena fe. Lo mismo sucede con los jueces. También se aplica la ley de ejercicio de la procuración ante tribunales nacionales y las normas derivadas del CC relativas a las disposiciones del mandato, locación de servicios, etc. También se debe tener en cuenta el CP en lo que hace al prevaricato.
* Factor de atribución – culpabilidad, es decir negligencia, imprudencia o impericia.
* Daño:
	+ Respecto de clientes: La relación (y en consecuencia la responsabilidad) puede tomar tres formas: mandato –responde por los daños o perjuicios que puedan derivar de la inejecución total o parcial del mandato-, locación de servicios – se responde en caso de negligencia en la ejecución de los mismos- ,locación de obra –cuando se encarga la ejecución de un trabajo, con autonomía de quién lo realiza, siendo una obligación de resultado- o contrato de trabajo.
	+ Respecto de 3°, por ej. Al trabar un embargo manifiestamente improcedente.
* Relación de causalidad, que debe establecerse entre el hecho culposo y la perdida imputable de la oportunidad, ya que esta constituye por sí misma un daño cierto, no como la privación misma de la ganancia sino como chance malograda. No se indemniza entonces la pretensión frustrada sino la pérdida de probabilidad. No existen reglas que permitan fijar el valor de la pérdida de chance.

**RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO PÚBLICO:** Hace referencia a la responsabilidad de quien btuvo su diploma universitario de escribano y está a cargo, como titular o adscripto, de un registro previa autorización de la autoridad competente. Una importante doctrina considera que el escribano, al menos en su actuación como fedatario, es un funcionario público como consecuencia de la delegación de funciones que hace en él el Estado. Otros niegan tal carácter por considerar que no existe la relación de subordinación jerárquica que caracteriza al empleado público. También existen posturas eclécticas que lo consideran un profesional del derecho que cumple, conjuntamente con actividades privadas, una función pública por delegación del Estado. Quienes defienden esta postura consideran que el escribano obra no en representación del Estado sino en nombre propio, con independencia profesional y de actuación.

Naturaleza de su responsabilidad civil:

* Ente escribano y cliente: Para quienes lo consideran un funcionario público su responsabilidad es extracontractual. Para otros se trata de un régimen dual: su responsabilidad es extracontractual cuando actúa como funcionario público y contractual cuando lo hace como profesional liberal. Una 3° postura considera que siempre la responsabilidad del escribano ante sus clientes es contractual.
* Entre escribano y co-contratante no cliente: Es responsabilidad contractual, ya que, en rigor, entre ek escribano y cada una de las partes que intentan celebrar un contrato con su intervención notarial se concreta una diferente relación contractual.
* Frente a 3°: Extracontractual.

Requisitos de la responsabilidad civil del notario:

* Antijuridicidad: Asume una obligación de resultado en cuanto a otorgar un instrumento público válido, con las formalidades legales exigidas, y en su caso, la inscripción en el correspondiente registro.
	+ Al momento de otorgar escrituras públicas: debe autorizarlas en su libro de protocolo, y no autorizar ningún acto en el que él o sus parientes 4° grado estén interesados.
	+ Dar fe que conoce a las partes que otorgaron los actos que pasaron ante su registro.
	+ Realizar los actos complementarios de las escrituras públicas que exige la ley.
	+ No se exige constatación del estado de familia del otorgante o de su capacidad (solo de su mayoría de edad), el estudio de títulos, etc.
* Factor de atribución de la responsabilidad: Responde por dolo o culpa en su hecho personal.
* Relación de causalidad.
* Daño.

Responsabilidad por el escribano adscripto: Los adscriptos actúan con la misma extensión de facultades que el titular pero bajo su responsabilidad. En este caso se trataría de la responsabilidad indirecta del titular por el hecho del dependiente.

**DAÑOS causados por la traba de medidas cautelares. INHIBICION GENERAL DE BIENES. Ausencia de intencionalidad de parte de los accionados dirigida a entorpecer los negocios de la actora. Ausencia de negligencia. Exceso en la traba de la inhibición general de bienes: Improcedencia - "Samprad S.A. c/Mejalelaty Mario Alejandro y o. s/ daños y perjuicios" - 25/02/2005**:

La inhibición general de bienes procede ante el desconocimiento de bienes susceptibles de ser embargados o por su insuficiencia o ineficacia. Desde allí, quien tiene el D de pedir un embargo, tiene subsidiariamente el derecho de pedir la inhibición general de bienes. Por ende, si bien el que pide una inhibición ha debido averiguar previamente los extremos que la justifiquen, no es condición expresarlos cuando se requiere la medida. La demanda está motivada en el reproche que formula la empresa acerca de un exceso en la traba de la inhibición general de bienes, de modo que debe analizarse si hubo responsabilidad por una omisión culposa de diligencias o, si la inhibición constituyó el ejercicio abusivo de un derecho.

Se acusó a los demandados el haber obrado con el propósito de perjudicar los intereses de la empresa. Sin embargo, ningún elemento se acercó a la causa que demuestre una deliberada intencionalidad de su parte. Tampoco encuentra fundamento el reproche de un obrar negligente por parte de los requeridos. Desde que no es discutido por la actora que a la demandada le cabía en el juicio en que la venció la posibilidad de solicitar una cautelar, aun cuando tuvieran conocimiento de la existencia de bienes en cabeza de la sociedad, fundadas razones tenían para entender que el embargo de alguno de los inmuebles de la sociedad no era la vía más idónea para asegurar el crédito. El giro específico de su negocio es la venta de los inmuebles que construye, permitiéndose sin la inhibición su salida del patrimonio de la recurrente y la evidente imposibilidad de trabar embargo sobre alguno de ellos. Ergo, la medida fue efectiva y oportuna. Si los requeridos debieron saber que la sociedad era titular de varios inmuebles, no podían ignorar que los tenía para enajenarlos. La traba de la medida constituyó el ejercicio regular de un derecho, que en modo alguno y bajo las circunstancias reseñadas puede ser considerado abusivo.

**UNIDAD 13: REPONSABILIDAD DERIVADA DE LA MODERNA ACTIVIDAD MÉDICO ASISTENCIAL:**

**Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales. Por Hugo A. Acciarri**

I.- El caso: La actora, empresa de asesoramiento en materia de propiedad industrial, había contratado la provisión de varias líneas telefónicas a una de las concesionarias de ese servicio. Durante un período bastante prolongado, la prestación del servicio telefónico habría motivado diversos reclamos por discontinuidades e interrupciones parciales de importancia. 1° instancia condenó a la restitución de las sumas percibidas por los períodos no prestados e impuso, además, una indemnización por los perjuicios ocasionados por ese incumplimiento. 2° instancia, confirmó la condena. La sentenciante se apoyó en presunciones, y un plexo probatorio del que se destacan la prueba documental, constituida por numerosas notas de queja de la actora hacia la empresa prestadora, y la evaluación de la conducta consecuente de las partes.

II.- Las llamadas "cargas probatorias dinámicas". Las críticas. La demandada pretendió que las únicas constancias hábiles para acreditar la regularidad de la prestación del servicio, deberían ser ciertos "records de faltas", que ella misma aportó al proceso. Pero al momento de realizarse la pericia ingenieril dispuesta, no proporcionó la documentación que debía respaldarlos. El Tribunal sentencia que ese comportamiento "...vino a incumplir también el deber que compete a ambas partes -y que sobre todo recae en quien se encuentra en mejores condiciones para ello- de aportar a la causa los elementos conducentes a la justa composición de la litis...", por lo cual "...esa conducta no puede inclinar la balanza a su favor, sino al contrario...". Los términos utilizados son propios la "**doctrina de las cargas probatorias dinámicas**”: existe una atribución "concerniente a ambas partes", de la carga de probar ciertos extremos relevantes, y una particular fluctuación de las cargas concretas de probar en un proceso, dependiente de circunstancias del caso y guiada por el distinto grado de dificultad que, para cada parte, importe acreditar un mismo presupuesto de hecho.

*Dos objeciones* se levantan contra estas posiciones:

* Carece de sentido afirmar que las dos partes deben contribuir a probar los mismos presupuestos, dado que si no se produce la prueba eficaz para alcanzar el grado de convencimiento exigible sobre el punto del que se trate, el juez debe fallar en contra de aquel sobre quien pesaba ese onus probandi.
* Si se pretende variar las cargas según el curso del proceso y las mayores o menores dificultades subjetivas concretas de probar, puede someterse a las partes a una situación paradójica e injusta, ya que, al comenzar el proceso puede atribuirse la carga de probar, a una de las partes y luego, en sentencia puede declararse lo contrario, modificándose esa atribución inicial.

III.- Pautas para una reconstrucción y respuestas a algunas objeciones

a) La presunta superposición de cargas probatorias. Es verdad que si las dos partes debieran probar un mismo hecho y ninguna lograra convencer en el sentido que le toca, la solidaridad probatoria no resolvería el asunto. La cuestión central, que pasa inadvertida, es que la posición crítica y las "modernas", a las que se enfrenta, parten de considerar universos fácticos distintos: estas uno más "fino", o detallado, y las otras uno menos fino. Las posiciones modernas tienen su campo de aplicación en situaciones particulares.

b) El dinamismo. La posibilidad de cambio de reglas es lógicamente, una regla, siempre que exista al menos un patrón de cambio. El dinamismo, - incertidumbre inicial sobre quien cargue con la necesidad de acreditar algunos presupuestos-, no es privativo de la doctrina de las cargas dinámicas, sino propio de la estructura del proceso. En el sistema clásico -y estático - tampoco queda determinado ab initio el conjunto de los hechos concretos a acreditar por cada parte. Decir que una de las partes debe probar, en el ejemplo antecedente, la "culpa del dañador", no da una regla completa que permita distinguir desde el inicio del proceso cuales hechos individuales y concretos debe acreditar cada contendiente. El dinamismo, en síntesis, es una consecuencia de la estructura interna del proceso y no es invulnerable al mismo la interpretación tradicional de la doctrina de cargas probatorias, pese a su pretendido estatismo.

c) La certeza. Los fines del proceso y del Derecho. Puede resultar deseable la certeza inicial en las reglas del proceso. Pero tampoco esa certeza es, desde el punto de vista social, un bien que deba perseguirse a cualquier precio. El proceso no es una institución autorreferente, con fines que se agotan en sí mismo, sino que por el contrario, reviste una naturaleza instrumental. Al cargar con el peso de probar a quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, se obtiene un incremento en la posibilidad de que el resultado del proceso, coincida con la atribución "real" de derechos del sistema. Desatender a esta posibilidad real de probar, en mérito a otras consideraciones (como la certidumbre procesal inicial o la seguridad), incrementa necesariamente la posibilidad de desajustes entre los objetivos del sistema y su consecución práctica.

IV.- Conclusión: Este modo renovado de pensar las cargas de probar en el proceso, resulta preferible que la visión tradicional, por varias razones. En primer lugar, pone a la luz el dinamismo connatural al juego que comprende las cargas de probar, que parece oculto en la concepción clásica. Pone igualmente de manifiesto la complejidad, en situaciones donde predicar la simplicidad no alcanza para soslayar los efectos reales de las complicaciones subyacentes. Y resulta consistente con una visión general del Derecho orientada a entenderlo como un instrumento social para la obtención de metas valiosas.

En el caso de análisis al inicio del proceso, era imposible saber cuáles hechos concretos debía probar la obligada para acreditar el cumplimiento de su prestación, pero al conocer -por su propia actividad- que su procedimiento interno de verificación de la calidad del servicio constaba de ciertos dispositivos particulares, era razonable cargarla, al menos, con la acreditación de los antecedentes de los mismos, y que pesara sobre ella la tal carencia de prueba, dado la incomparable posibilidad de producir esa actividad respecto de la que hubiera afectado a su contraparte. Desafortunadamente, este tipo de controladores a disposición del usuario no son comunes en nuestro medio, por lo cual esta situación es una mera especulación ejemplificativa.

**OBRA SOCIAL: Legitimación activa por lesiones sufridas por sus afiliados y pagadas por su parte -**

1) NEGATIVA: No puede hablarse de un concreto desmedro económico para la actora -la empresa SOMISA, que reclama lo que la "Obra Social SOMISA" pagó a la víctima del accidente de tránsito que originó los gastos, en cuanto aquélla era afiliada a dicha obra- pues lo advertible es una situación difusa, con captación de aportaciones económicas calificadas por gran injerencia estatal, en parte volcadas en un ámbito mayor, lo que no permite identificar un empobrecimiento en el patrimonio de la demandante de resultas de los pagos efectuados. Y con ello su adecuada legitimación activa en función de un daño indirecto. (art. 1079 C. Civil)..."

Cada contratación efectuada por la obra social en asistencia de algún miembro- no es económicamente un hecho aislado, sino que es la pieza de un sistema orgánico dentro del cual se absorben las prestaciones en función de determinadas características patrimoniales. Al respecto, también es cierto que el hecho del 3° no es la causa adecuada del eventual daño a la obra social, sino la ocasión que pone en juego la vinculación de derecho entre el miembro y dicha obra; la causa jurídica del pago está en esta conexión jurídica

CARATULA: SOMISA c/ SULIGOY RAUL ANTONIO s/ INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

2) Positiva: Si bien el art.1086 CC impone al victimario el pago al ofendido de todos los gastos de curación, cuando tales gastos fueron afrontados por una obra social o institución de medicina prepaga, el crédito queda transmitido a éstas conforme a las reglas generales del pago con subrogación. En estos casos, la víctima no pude invocar haber pagado anticipadamente los costos a través de las cuotas periódicas de los servicios de aquéllas cuando dichas cuotas son el precio de un acto de previsión general, legal o convencionalmente impuesto, máxime no probado que serían restituidas al afiliado en caso de no verificarse siniestro alguno, lo que no se puede presumir, ni se afirmó en autos. No basta entonces con declarar la injusticia de que el victimario no se beneficie dejando de soportar tales costos porque el daño resarcible debe ser personal, esto es, propio de quien reclama la indemnización.

CARATULA: Urzua Soto, M.A. c/ Autolíneas Argentinas S.A. s/ Daños y perjuicios

CARATULA: Fernández, Horacio y otros c/ Colombo, Ruben O. y ot. s/ Daños y perjuicios

3) Otra cuestión: Exime la cobertura de obra social al dañador? No obsta el resarcimiento ni exime a la perdidosa del deber de responder (art. l086 del C.C.), la circunstancia de que el damnificado fuera afiliado de obra social, ya que el beneficio que brinda la mutual ha sido de alguna manera "comprado", por la víctima a la asociación por medio de retenciones en el sueldo o aportes voluntarios. De no procederse asi se enriquecería sin causa al responsable.

CARATULA: Del Papa, Mónica c/ Droguería del Sud s/ Daños y perjuicios

CARATULA: Feller, Berta c/ Balverde, Miguel s/ Daños y perjuicios

**RESPONSABILIDAD MEDICA. Aborto provocado. Carencia de prueba pericial - "G. de D., Silvia c/ Jorge R. F. y otros s/ daños y perjuicios" - CSJN - 05/03/2002**

Se debate si el aborto que produjo la perforación uterina y la consiguiente infección que culminó con la extirpación de los órganos de la actora, fue provocado o espontáneo y, en su caso, quién o qué lo causó. El profesional demandado, adujo que la perforación del útero tuvo por causa un aborto provocado en el que no intervino; la pretensora, en cambio, le imputó haber perforado el órgano durante el legrado aconsejado. El juez de 1° instancia, entendió que la afirmación de la actora carecía de pruebas; la alzada, sobre la base de diversa evidencia presuncional e indiciaria, arribó a la conclusión opuesta; la que, a su turno, la Corte mendocina juzgó fundada en modo suficiente.

En esta causa se suscita la particularidad de que, discutiéndose la responsabilidad médica del demandado, se carece de la prueba pericial correspondiente, ella que no hay ningún informe médico presentado. Dada la dificultad para juzgar la razonabilidad de las afirmaciones de contenido médico expuestas, la Corte mendocina cursó un oficio a la Cátedra de Ginecología y Obstetricia de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Cuyo. En los juicios de responsabilidad médica, rige el principio procesal de las cargas probatorias dinámicas y la prueba pericial médica no fue rendida en razón de la inactividad no sólo de la defensa de la actora, sino de la de ambos contendientes.

**DERECHO A LA INFORMACIÓN Y AL CONSENTIMIENTO INFORMADO:** La profesionalidad en las relaciones jurídicas implica autonomía técnica, la condición de experto en determinada área, etc., lo cual suele generar una brecha informativa entre ambos contratantes. La doctrina del consentimiento informado exige entonces informar al paciente para que éste tenga posibilidad de elegir.

Críticas al consentimiento informado: Algunos consideran que no hay desigualdad alguna, otros que la información llega cuando la decisión ya fue tomada y no puede cambiar la elección del paciente. Sin emabrgo estas críticas son infundadas. El médico debe crear la oportunidad de que el diálogo se establezca y el paciente pueda ser consultado; debe mostrar que el paciente pudo advertir la existencia de opciones diferentes en el tratamiento a seguir; y debe mostrar que el paciente conoció los riesgos y beneficios de cada una de esas opciones al momento de elegir.

Información pertinente y dinámica: La información debe ir dirigida al consumidor particular, relacionarse con su nivel educativo y ser dinámica, abarcando los distintos sectores del producto o servicio.

Información deseable, pública y privada: La información debe ser la vinculada a la profesionalidad, es decir la que se obtiene de las investigaciones que hace el propio profesional o que hacen otros pero que él adquiere, la cual es cobrada si hay un contrato o se la tiene en cuenta cunado no lo hay.

Información eficiente: Resulta más barato al profesional, en su calidad de experto, suministrar la información que buscaron para elaborar el producto o suministrar el servicio, que al consumidor contratar expertos en cada acto jurídico que celebre.

Información y discriminación: A mayor información, menor prejuicio discriminatorio.

**El derecho a la información:**

- El Art. 42 CN señala que los consumidores y usuarios tienen, en la relación de consumo, derecho a información adecuada y veraz.

- En el contrato médico corresponde distinguir entre consentimiento y asentimiento: el 1° es la expresión de voluntades en la formación del contrato mismo, el 2° es una legitimación para el acto de ejecución. En el contrato médico, desde que el paciente se somete a un tratamiento, celebra un contrato expresando su consentimiento y dispone de un derecho personalísimo manifestando su asentimiento. Es decir que mientras el 1° se aplica cuando se dispone sobre la libertad de contratar, el 2° lo hace cuando está involucrada la libertad sobre el propio cuerpo.

**El deber de informar:** Se trata del deber jurídico obligacional que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o al inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra. Fundamentos:

* Constitucional: No se puede avasallar la libertad de otro sin su consentimiento.
* Dogmáticos: Exigencia de la buena fe.
* Legales: Derecho a la información en las relaciones de consumo.

El deber de informar tiene su fuente en el contrato y es una obligación accesoria al mismo. Es un deber que existe en todas las etapas: precontractual, contractual y postcontractual. Respecto al estándar de información exigible, deberán comunicarse los riesgos que el paciente podría considerar como materia para tomar una decisión relativa al tratamiento. Esto debe ser analizado desde un punto de vista objetivo, independientemente de los temores, religiones, etc. del paciente. La información debe ser autosuficiente y la cantidad de datos debe permitir evitar la inferioridad negocial. El médico debe informar sobre los riesgos más comunes, lo que se denomina riesgos estadísticos, y no sobre riesgos anormales.

También debe comunicarle un diagnóstico negativo hecho por otro médico y comunicarle los casos en los que la enfermedad excede sus conocimientos.

Forma y prueba: La 1° sigue la del consentimiento. En general es libre salvo operaciones mutilantes y trasplantes. Puede ser oral o escrita. La prueba puede ser de presunciones.

Límites: Si bien en principio el médico debe informar, como presupuesto del asentimiento, el deber cae cuando hay urgencia en el tratamiento.

Interpretación: En caso de duda se debe estar a favor de la parte débil.

**Responsabilidad por incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado:** La ausencia del consentimiento implica por sí sola una invasión dañosa. Cuando el tratamiento es prestado con culpa, es irrelevante la discusión del deber de informar, porque la responsabilidad existe con este 1° aspecto. Si la prestación es correcta y no se informó o esto no se encuentra acreditado, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Debe demostrarse que una persona común hubiera rechazado el tratamiento de ser informado.

**Supuestos especiales de consentimiento:**

* Tratamientos médicos a los menores: El niño tiene derecho a ser oído, manifestando su voluntad a través de sus padres. Serán los padres quienes manifiesten su consentimiento. En caso de colisión entre la manifestación de los padres y del menor, deberá estarse a lo decidido por el 2°. Se presentan problemas cuando los padres no custodian los intereses en juego del menor. Siempre que la voluntad de los padres y del menor estén orientadas a la curación, preservación de la vida y salud del menor, no habrá necesidad de conseguir otro consentimiento que el de los padres, salvo colisión de intereses.
* Tratamientos a cónyuges con efectos matrimoniales: No es necesario el consentimiento del otro cónyuge, pero si el tratamiento lesiona a la familia el otro puede plantear divorcio.
* En casos de SIDA: Quienes lo detecten deberán informarlo.

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS:**

**Ámbito de la responsabilidad:** La regla es la responsabilidad contractual del médico, ya que si bien está caracterizada por la fuerte presencia del orden público, el acuerdo entre las partes es de carácter central. Se considera que hay contrato por más que el paciente no haya contratado directamente los servicios ni que éstos fueran gratuitos. Actualmente la responsabilidad médica se centra en la empresa sanatorial. Excepciones al principio de responsabilidad contractual (doctrinarios):

* Vinculados a la existencia de un contrato: Son supuestos excepcionales porque no llegan a ser contrato:
	+ Porque el paciente se niega,
	+ Porque hay un incapaz sin representantes,
	+ Lo celebra pero luego reclaman 3°,
	+ Hay daños causados a 3°,
	+ Quien contrata es un 3° no representante del paciente,
	+ Los daños son causados al paciente en ocasión del contrato por un 3°,
	+ El contrato es nulo.
* Responsabilidad por omisión y obligación jurídica de obrar: Se trata de servicios prestados por el médico por imperativo legal (por ej., cuando se obliga su actuación en caso de epidemias o cuando hay peligro de un bien jurídico protegido). En estos casos se configura la responsabilidad del médico por no haber obrado debiendo hacerlo.
* Actos ilícitos delictuales: Por ej., entrega de certificados médicos falsos.
* Actuación unilateral del médico cuya fuente no es un contrato ni la ley. Por ej., el caso de cuasicontratos (servicios prestados espontáneamente sin ratificación posterior) o de promesa unilateral del médico. Se discute cuál es el fundamento de la responsabilidad del médico cuando este actúa espontáneamente. Esto deberá analizarse en cada caso concreto, considerándose que como regla la conducta médica es lícita, incluso cuando el facultativo actúa extracontractualmente. En el caso de los cuasicontratos deberán aplicarse las reglas de la gestión de negocios. Esto último se aplica cuando el médico atiende a un indigente sin intención de ganancia sino por caridad. En el caso de una expectativa creada unilateralmente por el oferente de servicios (por ejemplo en las consultas telefónicas), se considera que debe haber un contacto social mínimo para que exista responsabilidad del médico.
* Existencia de un contrato en el que la prestación médica es accesoria (por ej., la compañía de seguros lo contratan para realizar un estudio sobre el asegurado): No hay responsabilidad del médico porque no hay un contrato de prestaciones de salud que dé causa suficiente a una obligación prestacional a su cargo.

**La culpa médica:**

Dolo: La conducta omisiva no implica por si misma dolo, sino que el mismo debe ser probado. Para que el mismo se configure se debe mostrar que existió un incumplimiento con intención de dañar.

Culpa: Salvo situaciones excepcionales de reparación por equidad, la culpa es el límite mínimo de la responsabilidad. En la medicina, se exige obrar buscando la obtención de la salud humana, dedicando para ello toda la diligencia y sapiencia de quien la ejerce. La actuación voluntaria negligente, imprudente o imperita del médico viola tal deber jurídico. A la hora de evaluar la culpa médica se deben tener en cuenta los *Art. 902. Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos* y *Art. 909. Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes*.

Hay culpa cuando se han podido prever las consecuencias perjudiciales del acto. Para analizar si se configura en un cierto caso han de tenerse en cuenta parámetros objetivos, pero también analizarse las circunstancias del caso en cuestión. Si bien en ciertos ordenamientos jurídicos existe una categoría especial de culpa denominada “culpa profesional”, la misma es inadmisible en nuestro derecho, ya que existe un concepto unívoco de culpa.

En la actividad médica, la reacción orgánica del paciente constituye un factor aleatorio, que hace que las obligaciones en principio sean de medios y no de resultado. Integran esta última clase de obligaciones los casos en los que se trata de mecánica y no de medicina (transfusión sanguínea, análisis clínicos, etc.).

El objeto de análisis en el juicio de responsabilidad es la conducta del médico como plus causal respecto de la enfermedad: si ello beneficia, perjudica, es indiferente o hay una mera abstención cuando debía obrar.

La prestación médica siempre encierra riesgos derivados de la enfermedad del paciente y de errores, pero la misma debe tener más beneficios que riesgos.

* La enfermedad del paciente es un riesgo por el cual el médico no responde. En cambio, si es responsable cuando pone en riesgo al paciente en forma culposa, cuando un juicio razonable hubiera evitado iniciar una práctica cuyos riesgos eran más importantes que los beneficios.
* El error es el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en concreto, pero no es necesariamente culposo; existe cuando se hace todo lo posible, pero finalmente se llega a la conclusión de que los medios no eran los aptos para obtener el fin perseguido. El error es consecuencia del juicio profesional que debe hacer el médico, y se debe evaluar en cada caso concreto si el mismo obedeció a culpa o si el profesional se comportó conforme a lo exigido por la ciencia médica. Es decir que el error que exima de culpa no ha de ser una anomalía de conducta sino una equivocación de juicio. La jurisprudencia ha sido restrictiva en cuanto a la atribución de responsabilidad por error de diagnóstico, cuando el médico se enfrentaba con dudas científicas o varias alternativas posibles.

**La imputación objetiva:** En la actividad profesional la regla es la responsabilidad subjetiva, salvo ciertas excepciones:

* Actividad riesgosa / Riesgo o vicio de la cosa. Cuando hay daño producido con las cosas hay culpa, en cambio cuando el daño lo produce el hecho de la cosa hay responsabilidad objetiva. Prácticamente no hay conducta médica en la que se verifique un “hecho humano puro”, pero para que exista “hecho de la cosa”, la misma debe actuar por sí misma, independiente de todo obrar humano. Respecto al carácter de actividad riesgosa de la medicina, la doctrina predominante se inclina por la negativa.
* Promesa de resultado, cuando o se cumple con el mismo. El médico tiene prohibido prometer un resultado consistente en la curación del enfermo. En las obligaciones accesorias o cuando la actividad médica no es curativa, se admiten tales promesas.
* Productos elaborados.
* Actuación de grupos de riesgos.
* Responsabilidad por los desechos peligrosos.

**Deberes secundarios de conducta**: Integran la relación obligacional con fundamento en la buena fe, de modo que su incumplimiento doloso genera responsabilidad:

* Obligaciones de secreto y vida privada.
* Deberes hacia 3°: si bien debe comunicar ciertas circunstancias a la autoridad pública (por ej., enfermedades venéreas), esto es una carga y no una obligación. Por lo tanto no es coercible y no da lugar a responsabilidad. No hay un deber legal frente a 3°.
* La información, la seguridad y la protección contractual.

 **RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOSPITALES Y SANATORIOS:** La responsabilidad médica en principio no varía por que la intervención se cumpla en un sanatorio o clínica, aunque en estos casos el establecimiento asistencial opera como intermediario en la contratación entre el paciente y el facultativo. En principio, los responsables directos del daño serán los médicos por haber causado el perjuicio con su obrar, el sanatorio será responsable indirecto por el hecho de un dependiente suyo. Cuando el incumplimiento médico es extracontractual, la responsabilidad del sanatorio deriva del Art. 1113 CC. Cuando es contractual, tal responsabilidad indirecta carece de basamento expreso en nuestro ordenamiento.

Médico independiente que arrienda el quirófano o tiene un consultorio en un sanatorio: Siempre que el daño fuese atribuible exclusivamente a la falta de cuidado y previsión en la actuación de los médicos intervinientes, la institución no será responsable, por no mediar subordinación jurídica. La institución será responsable en la medida en que el paciente sufriese algún daño derivado del incumplimiento de obligaciones que concretamente fuesen de su incumbencia.

Tratamiento con médicos integrantes del plantel estable del sanatorio: La responsabilidad del sanatorio se configura cuando aparece responsabilidad profesional de los facultativos y demás personal, por tratarse de responsabilidad por el hecho del dependiente. En consecuencia, si no hay un caso de “mala praxis”, no hay responsabilidad del sanatorio. Si el contrato médico se ha establecido directamente entre el establecimiento y el paciente, debe existir una responsabilidad contractual directa de aquel con éste. Se trataría en este caso, para parte de la doctrina, de una estipulación a favor de un 3° (el enfermo), basada en una obligación de seguridad accesorio de la obligación de asistencia. Otros consideran que en estos casos, al acreedor (enfermo), le resulta indiferente que la obligación la cumpla el deudor o un 3° por medio del cual éste se valga (médico), y toda actividad de éstos últimos es como si proviniera del deudor. Esta postura es defendida por Trigo Represas, quien considera que al poderse eximir el sanatorio demostrando la falta de culpa del médico, desaparece el fundamento de la responsabilidad refleja del establecimiento.

Responsabilidad del médico causante del perjuicio: La postura mayoritaria considera que entre el médico y el establecimiento hay un contrato a favor de 3° indeterminados; en consecuencia, estos últimos, una vez aceptada la estipulación, son parte de un negocio triangular, que les da una acción contractual directa contra el autor del daño material. Las clínicas asumen una responsabilidad tácita de seguridad que es objetiva y de resultado, por lo que demostrada la frustración del resultado, el establecimiento o el médico solo pueden probar una causa ajena. En consecuencia, sin culpa del facultativo no hay responsabilidad. Las obligaciones del médico y del establecimiento son concurrentes, están obligados por la misma prestación, pero en virtud de distinto título: el establecimiento por el contrato concluido con el enfermo y el médico por el contrato a favor de 3° indeterminados.

Infecciones hospitalarias: Se trata de enfermedades provocadas por microorganismos y contraída en el establecimiento de salud por un paciente. En nuestro país rige una presunción de culpa en cabeza del establecimiento o médico: deberán responder salvo que acrediten haber actuado con diligencia.

Responsabilidad civil en la medicina prepaga: Cuando se trata de afiliados o adherentes voluntarios a entidades privadas prestadoras del servicio de salud, las obligaciones y el deber de resarcir nacen de un contrato libremente concluido entre las partes. Sin embargo, en general, se trata de contratos celebrados por adhesión, en los cuales el contratante débil se encuentra en una posición de fragilidad. Es por eso que debe recurrir éste a institutos del CC, como el abuso del derecho, la lesión y el principio de buena fe. En los casos de medicina prepaga, suele no haber entre el paciente y el real prestador del servicio de medicina una relación negocial directa. Sin embargo, igualmente existiría responsabilidad contractual del prestador del servicio, ya que éstos debieron concluir previamente con la Obra Social un contrato a favor de 3° indeterminados: los eventuales futuros pacientes, que se incorporan al contrato como beneficiarios de tal estipulación al aceptarlo. En estos casos, la responsabilidad es concurrente de la Obra Social, con los establecimientos y los médicos.

**UNIDAD 14: MEDIOS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN:**

Muchas veces, en aras de la libertad de prensa se vulneran DDHH fundamentales, como el honor, la intimidad o la imagen. La libertad de prensa está consagrada en el Art. 14CN, se trata de un derecho absoluto solo en lo que hace a la falta de censura previa, por lo que de su ejercicio pueden derivar responsabilidades, si de la publicación se produce un daño. Esto implica que el derecho de cada individuo para expresar libremente su pensamiento por medio de la prensa puede ser regulado. La CN no protege directamente a los medios de comunicación, sino a la expresión de pensamiento en forma pública y abierta, que debe ser canalizada necesariamente a través de ellos. Los derechos de la personalidad o personalísimos se encuentran protegidos ampliamente por la CN en el Preámbulo, y Arts. 14 y siguientes.

La presa tiene el derecho y deber de informar a sus oyentes, lectores o televidentes, quienes a su vez tienen el derecho de ser informados. Sin embargo, del ejercicio de tal derecho puede derivarse su responsabilidad:

Afectación del derecho al honor: El honor es el derecho de toda persona que ha observado una conducta correcta de ser considerada merecedora de respeto. Tiene dos aspectos: por un lado el íntimo sentimiento que cada persona tiene, y por el otro la buena reputación objetivamente adquirida. La CSJN estableció en el fallo Campillay que el honor puede afectarse no solo a través de la calumnia e injuria, sino también a través de un acto meramente culpable o un ejercicio abusivo del derecho. Además estableció los requisitos para que eso no suceda. En el caso Costa distinguió según si el afectado fuese un funcionario público o un particular, considerando aplicable en el 1° caso la doctrina de la real malicia. Dicha doctrina busca proteger a la libertad de prensa en casos en los que funcionarios o figuras públicas se vean involucradas, estableciendo que en tales casos, aún si la noticia contiene expresiones falsas o inexactas, quienes se consideren agraviados deberán demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con el fin de injuriar o calumniar. Es decir, que se debe probar el dolo directo o eventual.

Afectación del derecho a la privacidad: El derecho a la vida privada consiste en que los demás no intervengan en la vida de uno, dañándolo, incomodándolo o afligiéndolo, es decir, es el derecho a permanecer aislado, solo, y a no ser arrastrado a la publicidad. La CSJN, en el fallo Balbín, sostuvo que tal derecho aparece consagrado en el Art. 19 CN y comprende no solo la esfera doméstica sino también el círculo familiar y espiritual.

Afectación del derecho a la imagen: La imagen constituye una prolongación de la personalidad, la cual puede ser también fuente de beneficios económicos. Si bien en nuestra CN no se menciona a la imagen, se entiende que la misma está implícitamente contenida dentro del Art. 33 de la misma. La única recepción legislativa expresa en nuestro país está en el Art. 31 de la ley 11723 sobre propiedad intelectual, que prohíbe la puesta en el comercio del retrato de una persona sin su consentimiento. Es de libre publicación el retrato que se relacione con acontecimientos de interés público o de hechos sucedidos en público.

Factor de atribución: En los casos de responsabilidad derivada de información publicada por la prensa el factor de atribución es subjetivo. Se considera que en cuestiones en las que está en juego la libertad de prensa, no cabe distinguir ni el dolo ni la culpa, porque no existe responsabilidad objetiva. Quien pretende el resarcimiento de los daños causados por alguien en el ejercicio del derecho de informar, debe demostrar su culpa o negligencia.

 Eximición de responsabilidad por parte de la prensa ante noticias inexactas: El medio de prensa puede eximirse de responsabilidad por la publicación de informaciones falsas –doctrina Campillay-:

* Publicando la fuente de la noticia: Quién reproduce los dichos difamatorios de otro es un mero transmisor de aquellos y no es responsable por ellos. No es suficiente una referencia vaga o genérica a la fuente, sino que la misma debe ser indicada precisamente. En estos casos debe haber una adecuación objetiva, exacta y completa entre lo expresado por la fuente y lo informado por el medio. No resulta aplicable la doctrina si el medio de prensa reproduce fragmentariamente el comunicado.
* Usando un verbo potencial. La doctrina considera que la mera utilización del tiempo potencial no exonera siempre de responsabilidad, ya que puede igualmente ser agraviante.
* Reservando la identidad de las personas involucradas.

Quedan fueran de la aplicación de la doctrina Campillay las cuestiones que no sean de interés público, las relativas a la intimidad de las personas o las que versan sobre aspectos que son considerados secretos.

Las cartas de lectores: En estos casos el diario publica la carta sin aseverar nada sobre su contenido, ni agregar nada a su texto. Sin embargo, el órgano que recibe la misiva es libre de aceptarla o rechazarla, por lo que se considera que si se omite el deber de verificar la identidad de autor, el periódico es responsable por culpa o negligencia del daño causado a otro.

Entrevistas en vivo: De acuerdo a la doctrina sentada por la CSJN en el caso “Díaz de Vivar”, un presentador de entrevistas en vivo no responde por las eventuales injurias de su entrevistado si acredita:

* Que obró con diligencia acerca de la comprobación de la veracidad de lo expresado.
* Que se limitó a oir los dichos sin hacerlos propios ni alentarlos.
* Que aclaró que eran opiniones de su entrevistado.
* O que expresó que no le constaban o no había verificado las afirmaciones allí vertidas.

Estas cuestiones eximen al entrevistador y al canal de responsabilidad.

Relación de causalidad ente publicación y daño: Quién realice el reclamo de daños contra un periódico debe demostrarla.

Distintos medios de comunicación: Los medios de comunicación son todos diferentes entre sí, debiendo tales diferencias ser tenidas en cuenta al momento de determinar la responsabilidad. Las diferencias no son solo tecnológicas, sino también respecto a la difusión alcanzada, del modo de transmitir, etc. En todos los casos se debe garantizar la libertad de expresión, pero siempre respondiendo cuando arbitrariamente se cause un daño a un 3°.

La prohibición de censura previa prohíbe la revisión anterior a la publicación pero no bloquea la responsabilidad ultierior en caso de daños al honor, la imagen, la identidad, etc.

**Responsabilidad por daños producidos a través de la prensa a particulares. CAMPILLAY, Julio C. v. La Razón y otras, CSJN**: La libertad de expresión contiene, la de dar y recibir información, y tal objeto ha sido especialmente señalado por el art. 13 inc. 1 CADH, que, al contemplar el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión, declara como comprensiva de aquélla "la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Dicho derecho no es absoluto en cuanto a las responsabilidad que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en el sentido amplio, tiene un lugar eminente, ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. El honor de las personas no sólo puede verse afectado a través de los delitos de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa: puede existir lesión a este derecho de un acto meramente culpable o del ejercicio abusivo del derecho de informar.

En el presente caso, del hecho de que tales publicaciones se hayan limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial respectivo no excusa la atribuible a los editores involucrados, toda vez que éstos hicieron "suyas" las afirmaciones contenidas en aquél.

**Spacarstel, Néstor A. c/ El Día S.A.I.C.F. s/ daño moral. CSJN 5 de febrero de 2002:** El derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio. En efecto, su ejercicio no puede extenderse en detrimento de los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 CN). De ahí pues, que la exigencia de una práctica periodística veraz, prudente y compatible con el resguardo de dignidad individual de los ciudadanos no puede calificarse como una obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre.

Las responsabilidades ulteriores -necesarias para asegurar los derechos comprometidos- se hacen efectivas mediante el régimen general vigente en nuestra ley común; se trata de una responsabilidad subjetiva por lo cual, no es dable presumir la culpa o el dolo del autor del daño. La información falsa genera, en principio, responsabilidad civil y penal según sea el bien jurídico afectado. La información errónea, no origina responsabilidad civil por los perjuicios causados si el medio periodístico ha utilizado todos los cuidados, atención y diligencia para evitarlos.

Cuando un órgano periodístico difunda una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo "atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito".

Para obtener la exención del informador, es menester que éste hubiera atribuido directamente la noticia a una fuente identificable y que se trate de una transcripción sustancialmente fiel o idéntica de lo manifestado.

**INJURIAS VERTIDAS POR LA PRENSA. Derecho al honor. Difusión de falsa noticia. Caso "Campillay": Utilización del modo verbal potencial. Necesidad de que el discurso revista la calidad de "conjetural" y no "asertivo". "Burlando, Fernando Andrés c/ Diario El Sol de Quilmes" - CSJN - 18/02/2003**:

Con arreglo a la doctrina del caso "Campillay" la difusión de noticias que pueden afectar la reputación de las personas no resulta jurídicamente objetable siempre que se den cualquiera de estas tres hipótesis:

1. Cuando se ha atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se ha efectuado, además, una transcripción sustancialmente idéntica a lo manifestado por aquélla.-
2. Cuando se ha reservado la identidad de los involucrados en el hecho.
3. Cuando se ha utilizado el modo potencial en los verbos.

Con referencia al último de los supuestos, no consiste solamente en la utilización de un determinado modo verbal -el potencial- sino en el sentido completo del discurso, que debe ser conjetural y no asertivo.

Descartada la aplicación de "Campillay", ello no significa que la responsabilidad que pretende el actor deba, sin más, ser reconocida. En efecto, ello dependerá, entre otros factores, de que la conducta de la demandada sea considerada, o no, pasible de reproche.

**LIBERTAD DE PRENSA Y DERECHO A LA INTIMIDAD. Crónica periodística calumniosa o difamatoria. Falsa noticia. Incumplimiento de los requisitos de la doctrina "Campillay". Responsabilidad del medio de comunicación. Extensión de la condena al director del matutino "Perini, Carlos Alberto y otro c/ Herrera de Noble, Ernestina y otro" - CSJN - 21/10/2003**:

La mención de las fuentes en los términos reproducidos -"Gendarmería Nacional" y "altas fuentes judiciales"- constituye una referencia genérica e incierta que no permite reconocer al emisor original de la noticia. El hecho de que el diario "Clarín" haya rectificado la información que había suministrado el día anterior, no satisface ese recaudo de discurso conjetural exigido en "Campillay", máxime cuando en el artículo se tejen sospechas y se echan sombras en cuanto a que el actor habría solicitado a un oficial de Gendarmería Nacional que le consiguiera un niño en adopción y no existe ninguna prueba en la causa que avale semejante especulación periodística. Es por eso que en el caso existen circunstancias fácticas relevantes que evidencian el incumplimiento de cuidados elementales por parte del diario para evitar el desprestigio y la deshonra de los demandantes, recaudos que exigían adecuar, en primer lugar, la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trataba de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria.

La responsabilidad del diario es extensiva a su directora que no cumplió con su función de controlar la difusión de una noticia que tenía aptitud suficiente para lesionar el honor y la dignidad de los peticionarios al sindicar a la actora como jefa de una banda de delincuentes dedicada al tráfico de niños y después -junto a su marido- como supuestos compradores de bebés, máxime cuando en el último de los artículos cuestionados se había indicado expresamente que la noticia tenía su origen en la propia agencia del diario y en dicha nota no se identificaba al redactor de la noticia.

**LIBERTAD DE PRENSA. Derecho al honor. Difusión de la imagen de una persona para ilustrar un comentario periodístico. Irresponsabilidad del medio de comunicación. "M. Rogelio Angel c/ Diario Clarín S.A. s/ Daños y Perjuicios" - CNCIV - SALA B - 31/05/2002**:

Los actos que afectan al honor generan responsabilidad y la consiguiente obligación de resarcir el daño moral y los otros perjuicios que se produzcan. Pero ello no es así, cuando no aparece atacado periodísticamente explícita o implícitamente y únicamente, porque es equívocamente valorado, es objeto de reclamo indemnizatorio.

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 31 párrafo primero de la ley 11723, no considero que corresponda exigir en este caso el consentimiento expreso a que se refiere la aludida norma. Tengo en cuenta para ello que tal recaudo aparece para mi asumido según lo ya expuesto en cuanto a que la nota atendía a la información en general de una alternativa dentro de la actividad comercial- incluida la de venta de autos usados- y que la imágen no es un retrato de la persona que en ella aparece, sino que una exposición del lugar con inclusión de su presencia. Tratándose de información en general, en algunos casos de carácter aleccionador como ocurre en el presente, la utilización de imágenes de personas o lugares no es descartable ni reprochable si de ello no resulta afectado interés personal alguno. Distinto es, cuando con la publicación de la imagen se confunde al lector o se genera suspicacias o conclusiones peyorativas respecto de a quien pertenece la imagen reproducida.

**UNIDAD 15: LA DIMENSIÓN COLECTIVA:**

 **LA NOCION DE DAÑO AMBIENTAL. CONCEPTO JURIDICO - Pamela C. Tolosa**

**I. Introducción:** La conceptualización del “daño ambiental” reviste dificultades, por las características del problema social implicado. Por eso, se plantea como prioridad establecer criterios para distinguir aquéllas alteraciones al ambiente que por su significación o gravedad de sus consecuencias deben evitarse, de aquéllas otras que pueden catalogarse como socialmente ***irrelevantes, permitidas, tolerables o aceptables***.

**II. Caracterización del problema ambiental:** Considerando a la noción de *“problema*” en el sentido de *“situación conflictiva*”, puede caracterizarse al **“problema ambiental”** como **toda alteración ambiental ocasionada por el hombre, con relevancia suficiente para generar un conflicto de intereses relativos al ambiente, ya sea actual o futuro**. Entonces, pueden distinguirse tres esferas conceptuales, desde la más amplia a la más restringida: a) alteración ambiental; b) problema ambiental; c) daño ambiental (jurídico).

Este criterio permite distinguir la degradación ambiental derivada de un hecho de la naturaleza y de la causada por el hombre. Sólo las alteraciones ambientales antrópicas podrán adquirir trascendencia en el plano jurídico. Estas podrán consistir en una acción positiva del hombre o en una omisión humana.

También debe analizarse qué se entiende por ambiente: el rótulo **“ambiente”**: ***puede utilizarse en***  ***un sentido restringido, comprensivo del ambiente natural únicamente o, por el contrario, en un sentido amplio, comprendiendo no sólo al ambiente natural sino también al patrimonio cultural***.

En Argentina, se ha afirmado que el ambiente *“se relaciona con la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia”*. También se ha dicho que *“es preciso distinguir el “ambientalismo” del patrimonio cultural en sentido estricto, aunque configuran dos nociones que se confunden en punto al modo de hacerse efectiva la protección legal”.* La ley 11.723 de la provincia de Buenos Aires (ley de “Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general”), en su Anexo I, precisa el concepto de ambiente de la siguiente manera: *“Sistema constituido por factores naturales, culturales y sociales, interrelacionados entre sí, que condicionan la vida del hombre a la vez que constantemente son modificados y condicionados por éste”.* En un sentido amplio, entonces, el ambiente comprendería a los recursos naturales y al patrimonio cultural de la comunidad. No puede elaborarse un concepto uniforme de patrimonio cultural, puesto que éste se compone por los elementos culturales valiosos de cada comunidad en particular. El art. 41 de la CN, después de consagrar el derecho a un ambiente sano y equilibrado de todo habitante, establece que *“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”.*

En síntesis, la idea de “problema ambiental” se asocia con la existencia de un conflicto de intereses relativos al ambiente, que reconoce como causa la degradación ambiental provocada por una acción u omisión humana. De acuerdo al concepto de ambiente que adoptemos, la degradación podrá recaer sobre el ambiente natural solo (concepto restrictivo) o también en los recursos culturales (concepto amplio).

**III. Acerca del concepto de daño jurídico.** Las principales teorías elaboradas en torno al concepto de daño:

* La que sostiene que el daño consiste en el deterioro de **un bien jurídico o de un derecho subjetivo**.
* La teoría que entiende que el daño consiste en la **lesión a un interés jurídicamente tutelable**.
* La teoría que sostiene que el daño versa sobre las **consecuencias o resultado de la lesión a un bien o un interés jurídicos**.

Las dos últimas teorías son las que actualmente tienen mayor predicamento. Pueden extraerse elementos comunes de las teorías expuestas que permitan establecer criterios para determinar a qué llamamos daño jurídico. En este sentido, se puede afirmar que para que se constituya el ***daño*** como elemento de la responsabilidad, es necesario comprobar que concurren ciertos requisitos:

1. una alteración negativa (desde el punto de vista de la víctima), en lo fáctico, de un estado de cosas existente; y que dicha alteración sea *cierta*, en el sentido de certeza absoluta o probabilidad relevante;
2. una lesión a un interés merecedor de tutela;
3. una persona o varias personas determinadas o determinables, o un grupo, que resulten afectados.

**IV. Daño ambiental: nociones preliminares.**

IV. 1. Acerca de la noción de interés de grupo. La noción de *intereses difusos* se utiliza para aludir a aquellos intereses cuya titularidad corresponde a la comunidad en su conjunto, correspondiendo a cada uno de los individuos de esa comunidad una cuota parte de dicho interés. Se trataría de un interés “fragmentado” o “diluido” entre todos los miembros de la sociedad o comunidad afectada. Así, los *intereses difusos* se han caracterizado como *“los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción del interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario*”24.

Por *interés colectivo* se hace referencia a *“aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y sólo a éstas, cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: la sociedad comercial, el condominio, la familia, las entidades profesionales, el sindicato, etc. Son intereses nacidos de una relación-base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, aún no confundiéndose con los intereses estrictamente individuales de los individuos en particular, permite su identificación”.*

Por otra parte, las expresiones intereses *supraindividuales, transindividuales, superindividuales, de incidencia colectiva, de tercera generación, metaindividuales,* suelen utilizarse en un sentido genérico, sin hacer referencia a la distinción entre *difusos* y *colectivos*. Utilizaré la expresión *interés de grupo* para referirme a todos los intereses que se puedan ubicar en una posición intermedia entre los intereses estrictamente individuales y los intereses públicos (intereses cuya titularidad corresponde a la comunidad política); así, quedan comprendidos en esta expresión tanto los llamados intereses difusos como los llamados intereses colectivos, sin hacer distinciones.

IV. 2. La doble dimensión del daño ambiental: Habitualmente se utiliza el rótulo “daño ambiental” para hacer alusión a: el daño individual y el colectivo. Se habla de “*daño ambiental en sí mismo”* para aludir al daño ambiental colectivo. La expresión “daño ambiental” suele ser utilizada con un sentido ambivalente. El daño individual generado a partir del daño al ambiente no reviste ninguna particularidad distintiva de cualquier otro daño individual. En este caso, el ambiente se convierte en un “*medio”* para la producción del daño.

El daño colectivo y el daño individual constituyen *“daños”* diferenciables y autónomos, porque: la afectación negativa del estado de cosas es distinta en uno y otro caso, ya que en uno se altera negativamente la situación del ambiente y en el otro se altera una situación particular de la vida y/o el patrimonio de una persona; el interés lesionado es distinto, en un caso se lesiona un interés de grupo y en el otro se lesiona un interés exclusivo; y los afectados son distintos: en un supuesto, las personas que integran un grupo, que son afectadas en tanto integrantes del mismo, y en el otro las personas que son afectadas en forma individual.

**Cuando se lesiona el “interés de grupo” resulta afectada *la persona*, en su condición de integrante del grupo y concurrentemente con los demás integrantes del mismo**. En este sentido, en la medida en que el daño no pertenece a un titular exclusivo y perfectamente individualizado, se puede afirmar que el daño es de carácter impersonal. Pero los individuos que integran el grupo pueden resultar a la vez afectados en su interés a la preservación del ambiente (interés compartido con los demás integrantes del grupo) y en un interés jurídico exclusivo. Las consecuencias en uno y otro caso son distintas: en el 1° caso se deteriora el ambiente; en el 2°, se perjudica individualmente la persona, ya sea en su órbita patrimonial o extrapatrimonial. Consecuentemente, si lo que se busca es la protección de los individuos en forma *integral*, se impone la solución de permitir la reparación de todos los daños sufridos injustamente, ya sea colectiva o individualmente. Por último, el hecho de que se genere un daño individual como consecuencia del daño al ambiente, determina que el primero sea un daño indirecto.

**V. Caracterización del daño ambiental colectivo.** Habrá daño ambiental colectivo cuando haya:

1. una alteración negativade un estado de cosas existente en el ambiente y certeza sobre dicha alteración;
2. una lesión a un interés legítimorelativo al ambiente;
3. que resulten afectadas personas determinadas o determinables, o un grupo de personas.

**V.1. Alteración negativa de un estado de cosas existente en el ambiente.** Esto implica una modificación del *statu quo* existente al momento anterior al hecho nocivo. La necesidad de que la alteración del ambiente sea negativa se relaciona con la idea de que constituya un *problema ambiental*. De lo contrario carecería de relevancia social y, por ende, jurídica. La afectación del ambiente supone*: “una "desorganización" de las leyes de la naturaleza, de manera que se excluyen aquellas modificaciones al ambiente que no tienen tal efecto sustantivo y por lo tanto no resultan lesivas; esa modificación debe repercutir en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida, ya que el ambiente se relaciona con la vida en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia”43.*

Cuando se desconozcan las consecuencias derivadas de dicha alteración, sería conveniente considerarla, ante el desconocimiento, “como si fuera negativa”, como consecuencia del **principio de precaución**. Este principio plantea un presupuesto de incertidumbre científica que obliga a actuar anticipadamente para proteger el ambiente y las generaciones futuras. A **partir de la aceptación de la posibilidad de indemnizar la pérdida de chances, se “flexibiliza” el requisito de la certeza del daño**. **La pérdida de la chance constituye un daño cierto, pero al momento de valuar ese daño surge la necesidad de considerar probabilidades**. En los casos de daño ambiental, se impone la idea de certeza probabilística como requisito del daño. **El principio de precaución**, expresado como principio 15 de la Declaración de Río (1992)51, establece:  *“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades.* ***Cuando haya peligro grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces*** *en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.*

Consecuentemente, el requisito de *certeza del daño* comprende la idea de certeza absoluta tanto como la idea de “certeza relativa” (probabilidad relevante). Dicha *probabilidad* debe ser relevante para que su frustración adquiera virtualidad suficiente para ser considerada daño. El problema pasa por determinar *cuál es el “umbral mínimo de probabilidades” a partir del cual el daño puede considerarse resarcible.*

En cuanto a la determinación del límite o umbral mínimo, podría pensarse en la posibilidad de fijarlo, legislativamente, con carácter general. Podría establecerse el 10%, o el 20% o el 50% o 51%, etc., indistintamente, ya que se trataría, en última instancia, de una decisión política. Pero también podría pensarse en la posibilidad de dejarlo librado al criterio judicial. Además, debe considerarse que el daño ambiental puede producirse en forma: a) súbita; b) o en forma continua y prolongada. En ese caso, la probabilidad sería variable: a medida que se desarrolla la actividad peligrosa, aumenta la probabilidad de daño.

**V.2. Lesión a un interés legítimo relativo al ambiente.** Siempre el daño ambiental colectivo implicará la lesión a un interés legítimo, compartido por una comunidad, un grupo o clase social determinada o, al menos, determinable. Ello no implica, según lo señalado anteriormente, que el afectado sea el grupo como entidad abstracta independiente de las personas que lo componen; por el contrario, los afectados siempre resultan ser los individuos, pero de una manera no exclusiva, sino concurrente, y en tanto miembros del grupo.

El interés legítimo relativo al ambiente constituirá un interés de grupo. Una característica de estos intereses es que existe cierta indeterminación respecto del alcance de los mismos. Por otra parte, no es necesario que exista una conciencia de grupo por parte de los integrantes de éste para que exista el interés de grupo.

**V.3. Personas determinadas o determinables o un grupo de personas afectadas.** En el daño individual causado como consecuencia del daño al ambiente los afectados son personas individuales, afectadas en sus derechos a la personalidad o en sus bienes, y en el caso del daño colectivo también son las personas individuales quienes resultan afectadas pero en virtud de su condición de integrantes de un “grupo”. **La personalidad del daño no debe confundirse con la exclusividad o individualidad del mismo**.

En el daño colectivo la persona resulta afectada concurrentemente con los demás miembros del grupo. Los daños plurindividuales se dan cuando existe una sumatoria de daños individuales. Existen varias personas **afectadas individualmente**, junto con otras también **afectadas individualmente**. La diferencia con el daño colectivo radica en que en este último las personas resultan **afectadas concurrentemente** con las demás. El daño no recae, en este último caso, en intereses individuales sino en un interés de grupo.

**VI. Daño moral colectivo:** El daño moral colectivo afecta extrapatrimonialmente y en forma plural, “a un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser subjetiva u objetiva”. La ligazón subjetiva sería cuando los sujetos afectados se encuentran vinculados por un interés de grupo que resulta común a todos. Por otro lado, la ligazón sería objetiva cuándo el daño afecta a un objeto colectivo. La distinción radicaría en la existencia o no de un objeto colectivo e indivisible. En los casos de daño ambiental, ese objeto colectivo e indivisible será el ambiente natural y/o cultural.

La noción de daño moral colectivo fue reconocida por la jurisprudencia, en la Argentina, en el fallo “Municipalidad de Tandil c/ T.A. La Estrella S.A y otro”(1996). En este caso, se estableció la obligación de indemnizar el daño moral colectivo sufrido por una comunidad, como consecuencia de los daños ocasionados a un bien público: una fuente y un grupo escultórico emplazado en ella.

Una corriente sostiene que daño moral es todo daño no patrimonial. Para otra teoría, en cambio, daño moral es aquél que lesiona a un *derecho* extrapatrimonial. Otra postura, que el daño moral se constituye por el menoscabo a *derechos de la personalidad o personalísimos*. Por otra parte, algunos autores opinan que el daño moral se constituye por la lesión a un *interés* extrapatrimonial.

En cuanto al daño moral colectivo, podría sostenerse que un grupo de personas no tiene aptitud para experimentar un daño moral, por motivos semejantes a los que se esgrimen para negar el daño moral de las personas jurídicas. Argumentan que el daño moral es exclusivamente personal, afectando a la espiritualidad del damnificado. En este punto, si se concibe al grupo como una entidad abstracta, independiente de sus miembros, y como un fin en sí mismo, desde la doctrina del daño-consecuencia, debe arribarse a la misma conclusión que en el caso del daño moral de las personas jurídicas: resulta imposible que un ente abstracto experimente sufrimiento, dolor, miedo, etc. Sin embargo, si se considera que el grupo es un “mecanismo” para proteger a las personas individuales que lo integran y que resultan dañadas en tanto integrantes del mismo, en un interés compartido colectivamente, debe reconocerse el daño moral colectivo.

Desde esta perspectiva, entonces, se reconocerá el daño moral colectivo generado como consecuencia de la degradación ambiental. Por ejemplo, debido al peligro que significa la afectación ambiental para la salud o debido a la privación de goce de la belleza de un bien de la naturaleza o un bien cultural. Las personas, como miembros del grupo afectado, son quienes experimentan el malestar. Pero no se trata de la suma de daños individuales, sino que el daño es compartido, colectivamente, por todos aquellos que se encuentren en la misma situación. Es cierto que el grupo no podrá experimentar esto último, pero lo importante es que las personas físicas que integran ese grupo sí resultarán perjudicadas extrapatrimonialmente. En los casos de daño moral colectivo existe, al mismo tiempo, un interés de grupo lesionado y un menoscabo en la esfera extrapatrimonial de las personas afectadas, en su calidad de miembros de la comunidad.

Otro argumento a favor del reconocimiento del daño moral colectivo es el efecto disuasivo que cumple el derecho de daños. En el caso particular de los daños ambientales colectivos, habrá muchos supuestos de daños extrapatrimoniales, por lo tanto, es necesario el reconocimiento de los mismos para lograr que la compensación sea integral. De lo contrario, los potenciales victimarios no tendrán incentivos suficientes para alcanzar el nivel de prevención adecuado en aquellos casos en los cuales se pueda suponer que los daños patrimoniales o la eventual “obligación de recomponer” no implicarán un costo significativo o directamente no existirán. Esto no significa que resulte necesario reconocer el resarcimiento del daño moral colectivo para lograr la prevención eficiente de los daños ambientales en todos los casos. Se trata sólo de un factor más, a tener en cuenta, al momento de determinar la responsabilidad por daño ambiental.

**VI. Conclusión.**

El rótulo daño ambiental se utiliza para hacer referencia tanto al daño individual causado a través o como consecuencia del daño al ambiente, como al daño ambiental colectivo. También suele utilizarse en sentido amplio (no jurídico), para aludir a cualquier tipo de perjuicio o alteración ambiental.

La contaminación no puede evitarse en forma absoluta. El objetivo debe ser, entonces, minimizar el nivel de contaminación, lograr un nivel “aceptable” de degradación ambiental. Por lo tanto, adquiere relevancia la distinción entre *problema ambiental* y *alteración ambiental*. No toda alteración ambiental constituirá un “*problema”*. El alcance de esta noción dependerá del concepto de “ambiente” que adoptemos.

El problema ambiental, podrá constituir o no un daño ambiental (jurídico). ***Puede caracterizarse al daño ambiental (colectivo) por: a) la existencia de una alteración negativa de un estado de cosas existente en el ambiente; b) la lesión a un interés de grupo relativo al ambiente; c) la certeza respecto de los dos presupuestos anteriores; d) la afectación de un grupo de personas determinado o determinable***.

Respecto de la noción de grupo, la misma resulta útil en la medida en que permita proteger a la persona individual y garantizar sus derechos.

Aceptar la posibilidad de indemnizar los daños colectivos extrapatrimoniales facilitará la aproximación a la “compensación perfecta”. Cuando la compensación es perfecta, se genera un incentivo para invertir hasta el nivel eficiente de prevención. Una manera de alcanzar la compensación perfecta, es contemplar la totalidad de los daños. Entonces, la consideración de los daños extrapatrimoniales colectivos es importante, entre otras cosas, por su incidencia en cuanto a los efectos disuasivos.

En cuanto al daño individual causado a través o como consecuencia del daño al ambiente, no reviste ninguna particularidad que justifique un tratamiento diferenciado de cualquier otro daño individual.

La responsabilidad civil puede funcionar como una herramienta útil para prevenir los daños ambientales y para la compensación de los mismos.

**PARTICIPACION DEL INDIVIDUO EN GRUPOS – RELEVANCIA EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:** En el ámbito de la responsabilidad civil, un grupo determinado de personas puede asumir el carácter de sujeto pasivo del daño, sea que cada uno de sus miembros posea respecto del bien jurídico lesionado un interés subjetivo o un interés difuso por tratarse de bienes de incidencia colectiva. Esto está reconocido a partir de la reforma CN 1994 en el Art. 43. También un grupo de sujetos puede configurarse en agente activo del daño y sujeto de la obligación de responder a partir de una causalidad:

* Común: Cada sujeto opera en relación causal en pro del resultado final. Se trata de un caso de responsabilidad individual.
* Concurrente: El daño tiene su origen en la acción independiente de dos o más personas, de modo que sin mediar el hecho de la otra el daño igualmente se hubiera producido.
* Alternativa: No es posible determinar cuál de los integrantes fue autor del daño.
* Grupal: El daño se atribuye al grupo ya que no es posible que un individuo de forma aislada lo hubiera causado.

Nuestro orden jurídico carece de una regulación específica de la responsabilidad colectiva. Excepciones:

* Art. 95 CP: Riña.
* Art. 1119 CC: *Cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado*.
* Art. 1646 CC: *La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de obra y al proyectista según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competer*.
* Art. 1113: Responsabilidad del grupo que realiza una actividad riesgosa.

Factor de atribución de la responsabilidad colectiva: Es un caso de responsabilidad objetiva: se presume la responsabilidad sin hacer consideraciones sobre la culpa.

La responsabilidad colectiva es aplicable tanto a la órbita contractual (Art. 1646) como a la extracontractual (Art. 1119). La responsabilidad entre los miembros del grupo es simplemente mancomunada, ya que la solidaridad de las obligaciones solo puede provenir de la voluntad de las partes o de la disposición expresa de la ley. En el caso de que la responsabilidad se le impute al grupo como consecuencia del anonimato, actúa como eximente de responsabilidad la prueba de que quién causó el daño era ajeno al grupo; la prueba de la autoría también opera en ese sentido, y lo mismo sucede con la prueba de que uno de los individuos es dueño o guardián de la cosa que causó el daño. En cambio, si la responsabilidad es atribuida al grupo en su carácter de riesgoso, la prueba de la autoría no opera como eximente.

**RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS Y SERVICIOS PELIGROSOS O DEFECTUOSOS:**

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS – LDC: ART. 40. — *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. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*.

La norma consagra un sistema de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o en la garantía de inocuidad de los productos. El problema se presenta respecto de los productos o servicios riesgosos al momento de su entrada al mercado que por ello han causado un daño, pero que cuya nocividad no era cognocible por parte del productor, comercializador o prestador del servicio por el avance de la ciencia del momento; es decir de la asunción de los riesgos de desarrollo. Por *riesgo de desarrollo* se entiende a la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad. Requisitos:

* El producto debe ser defectuoso, por deficiencias de fabricación, diseño o información.
* El defecto no era cognosible, de acuerdo al estado de los conocimientos al momento.
* La valoración de cognoscibilidad debe realizarse según el estado del arte al momento de la puesta en circulación del producto.

La mayoría de los países europeos consideran al riesgo de desarrollo como eximente de responsabilidad. En nuestro país el tema no ha sido tratado por la legislación. Quienes lo justifican como eximente se basan en que es un riesgo imprevisible y atípico; quienes lo rechazan sostienen que para que opere como caso fortuito debe ser externo a la cosa que produce el daño. La mayoría de la doctrina argentina se ha pronunciado en contra a la admisión de la defensa de los riesgos de desarrollos, los cuales se considera que deben ser soportados por el productor.

**ACCIDENTE DE TRANSITO. Daños sufridos por rodado. Defectuosa fabricación del vehículo. DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Art. 40 de la Ley 24240. RESPONSABILIDAD del importador y del concesionario. Teoría de las cargas probatorias dinámicas. - "Schoenfeld, Karin Susana c/Mitsu Car SA y otros s/daños y perj" - CNCIV - SALA H - 09/02/2006:**

Tanto el perito de oficio como el consultor de la actora atribuyen el hecho de que la actora perdiera el dominio de su vehículo y embistiera el guarda rail de la autopista, al defecto de fabricación. No pueden el importador y representante en la Argentina de una marca de automóviles prestigiosa, ni su concesionario, desentenderse del resultado de este pleito señalando que la actora carga en forma exclusiva con toda la prueba. A nadie más que a ellos debería interesarles, por el prestigio de la marca, demostrar acabadamente que el auto que comercializan no tiene ningún defecto de fábrica. Sin embargo, ninguna prueba aportaron.

La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc

La demandada Hyundai señala que ha sido mal aplicado el art. 40 de la ley 24.240, ya que ella no es la fabricante de los vehículos. Sin embargo, dicha norma incluye también al importador. En todos los casos, la responsabilidad es solidaria, "sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan". Además, la LDC establece: Art. 5: "*Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministradas o prestadas en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios*", y art. 6: "*Cosas y servicios riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos*"." La ley quiere responsabilizar a todas aquellas personas físicas o jurídicas que han participado en la concepción, creación y comercialización del servicio, no sólo quien lo provee en forma directa sino también quien lo concibió, y quien lo instrumentó, y quien puso su marca en él, sin hacer diferencias según que se encuentren o no ligados contractualmente con el consumidor.

**DERECHO AMBIENTAL: Actividades contaminantes - Cese e indemnización - Alcances subjetivos de la sentencia - Competencia para la tutela de los intereses difusos - Prescripción de las acciones - Factor de atribución de responsabilidad - Límites a la normal tolerancia - Eficacia del mandato preventivo de cese – Daños resarcibles C. 1ª CIV. Y COM. LA PLATA, sala 3ª, 9/2/95 - Almada, Hugo N. v. Copetro S.A. y otro y sus acumuladas: Irazu, Margarita v. Copetro S.A. y otro; Klaus, Juan S. v. Copetro S.A. y otro:**

La empresa Copetro fue demandada, en diferentes causas, por numerosos vecinos, ante la justicia civil de La Plata, como consecuencia - del daño ambiental emergente de elementos cancerígenos o carcinogénicos, en el material particulado venteado al exterior. 1ª instancia había dispuesto la acumulación de las diversas causas. Pero la decisión significaba demorar la conclusión de los procesos que se encontraban en estado de dictar sentencia, al aguardo de la culminación del trámite de otro, recién iniciado. La Cámara revocó la decisión, para evitar la prosecusión del daño ambiental durante la tramitación del proceso más retrasado, basada en la apreciación de la dimensión difusa de la pretensión del cese de daño ambiental. Para su satisfacción no es necesaria la acumulación de los diferentes procesos: por la sola naturaleza de las cosas, el cese dispuesto en favor de un justiciable beneficia automáticamente a todos los demás, pues precisamente son portadores de un mismo interés, difuso o supraindividual:

* La función preventiva del Derecho de Daños y de la Justicia Civil. El cese del daño ambiental no es prerrogativa excluyente de la administración, ni de los resortes del Derecho administrativo.
* Reconoció la legitimación de cada sujeto para reclamar judicialmente el cese del daño ambiental. No era necesaria una previsión normativa expresa para reconocer esa legitimación, aun cuando, actualmente, es consagrada por el art. 43 CN, ya que en ese entonces se encontraba prevista mediante la legislación existente (arts. 14 y 33 CN.; 4 y 5 CADH).
* Para la reparación de daños ambientales, la aplicación de las reglas de responsabilidad objetiva contenidas en el art. 1113 párr. 2 parte 2ª CC. (daños derivados del riesgo o vicio de las cosas).

El fallo destaca la misión preventiva que el juez debe ejercitar, con "responsabilidad social". Se trata de una de las perspectivas de la función judicial, según la cual en el marco del proceso debe emerger el compromiso jurisdiccional hacia una evolución jurídica que agilice la satisfacción de las exigencias sociales. La neutralidad de los magistrados no obsta al despliegue de una actitud humanista y solidaria.

* Son imprescriptibles las obligaciones constitucionales de no violar, lastimar, impedir o interferir el ejercicio de los d constitucionales a la preservación del medio ambiente, a la vida y a la salud.
* Las acciones resarcitorias de los perjuicios provocados por la polución, son prescriptibles. Sin embargo, se debe tener en cuenta que los daños actuales o potenciales a la vida y a la salud, no pueden decirse ni presumirse desde la simple propagación de las primeras molestias.
* Las actividades fuentes de las molestias que se procuran evitar o indemnizar pueden ser actividades lícitas que cuentan con autorización administrativa.
* Los esfuerzos de las autoridades de contralor y las empresas que despliegan actividades riesgosas, aparecen, bajo la férula del principio de razonabilidad que expresa el art. 28 CNy que está presente en el art. 41 , como uno de los instrumentos más idóneos en la lucha contra la contaminación.
* Al poner la actividad contaminante en situación de riesgo la salud de los actores y vecinos, se borra el condicionamiento o límite del art. 2618 CC - "normal tolerabilidad", lo cual los legitima a reclamar la indemnización bajo la órbita del derecho común.
* Ofende y lastima el más mínimo sentido de justicia social y solidaridad, parapetarse tras el argumento de la originaria actividad industrial y portuaria del barrio, para instalar una empresa que contamina la atmósfera de la comunidad.
* Basta la certeza y la actualidad de los riesgos a la salud, aunque no estén probadas lesiones actuales a la integridad psicofísica, para que la tutela de su salud y del ambiente se haga efectiva.
* Frente a la situación de riesgo en que la contaminación ambiental coloca a la salud y a la vida de los actores y de las futuras generaciones, de lo que se trata es de anticiparse a la concreción del daño. Los daños derivados de numerosas actividades contaminadoras serán sufridos por sujetos que hoy ni siquiera pueden ser individualizados.
* Las nocivas poluciones ambientales afectan los derechos humanos o personalísimos a la vida y a la salud de los habitantes de indisputado rango constitucional y de expreso reconocimiento internacional.
* La tutela del ambiente se categoriza como derecho de la personalidad. El ambiente o ecosistema en que moran y se desenvuelven las personas les pertenece y forma parte de su propiedad, entendido este vocablo en el sentido lato y constitucional. Toda agresión, menoscabo o aminoración degradante que se provoque al ambiente de cada cual, importa una disvaliosa modificación material de su patrimonio y, como tal, debe ser resarcido.
* - El reconocimiento de la incidencia del daño ambiental debe tipificarse como daño físico, debiendo considerarse tal la disminución de la aptitud vital, genérica de la víctima existente o potencial.
* Cuando al abordar la tarifación del daño moral se pondera el agravio espiritual y psicológico que la contaminación ambiental provocara en los actores así como los angostamientos y limitaciones patrimoniales que ella proyecta o ha de proyectar en la actividad laboral y en sus vidas de relación toda, se incurriría en una inadmisible doble indemnización si se resarciera también el daño psíquico.
* No hay dudas, de que el factor de atribución de responsabilidad que habita la norma citada del art. 1113 es eminentemente objetivo y prescinde, para la elaboración del juicio de reproche, de toda idea de culpa o censura subjetiva a la empresa que desarrolla la actividad

**SCBA, 19/05/1998- *Almada, Hugo N. v. Copetro S.A* .. JA 1999-I-259:** El tribunal confirmó el decisorio de la C. 1ª Civ. y Com. La Plata. La SCBA aborda la cuestión de la protección de los "intereses difusos" afectados por la agresión al medio ambiente; ello confirma la superación del distingo entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple cuando se acepta plenamente la categoría de los intereses impersonales y difusos.

Se hace un distingo entre la "orden de cesar" la actividad contaminante, que es distinta a la de "impedir la actividad productiva". El fallo no desconoce que la primera podría traer aparejado el cierre de la planta industrial, pero, entre los distintos intereses en juego, la justicia opta por preservar los derechos de la persona humana, tal como está garantizado en nuestra CN (arts. 41 y 42) y provincial (art. 28) que consagran el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en favor también de las generaciones futuras.

La sentencia indica que la competencia en materia ambiental corresponde a los tribunales de cada jurisdicción con facultad de aplicar "los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan".

En la práctica se pronuncia por un sistema efectivo de control de la prevención, como es la designación de tres peritos de la Universidad Nacional de La Plata, para fiscalizar el plan preventivo ordenado por la justicia a cargo del juez de Primera Instancia. La SCBA promueve la flexibilización de las disposiciones procesales y encuentra necesario este procedimiento de contralor por parte del juez para no hacer ilusorios los derechos de los habitantes de la zona. La Corte decide que no se viola el principio de congruencia y consagra el papel del "juez guardián" en la prevención del daño, el cual "cubre la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados".

El derecho al cese de la contaminación ambiental "reviste una naturaleza expansiva ya que no puede acotarse a la mera tutela nominal sino que implica una profunda revisión y alteración de los factores degradantes con un sentido tuitivo trascendente ya que debe salvaguardar con amplitud el abanico de intereses sociales". Ante el peligro de un daño colectivo, la medida del interés particular es superada prontamente no bien se avizora la magnitud que el riesgo afectaría al bien común.

En el centro de la escena se coloca al hombre para quien el derecho a un ambiente sano se reconoce como un derecho de la personalidad digno de la más enérgica y anticipada prevención. La contaminación ambiental -como daño intolerable- pone en movimiento los mecanismos activos de la judicatura para su prevención o, en su caso, para la cesación del daño que haya comenzado a generarse.

 **“Halabi, Ernesto c/ Estado Nacional”, CSJN, 24/02/2009:** Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25873, por considerar que sus disposiciones vulneran los arts. 18 y 19, CN., en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos". Alegó que esa intromisión constituye una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes.

La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por el hecho de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el art. 43, párr. 1, CN. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 CN.) son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Aquí, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social. En estos casos la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. De tal manera, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

La CN admite en el art. 43, párr. 2º, una 3° categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos 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. En tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre.

No hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase. Existe entonces una mora que el legislador debe solucionar, para facilitar el acceso a la justicia.

La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.

La pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos.

**Ley Nº 24.240 LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR:**

**ART 1º** — La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

**ART 2º** — PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

**ART 3º** — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

**CAPITULO X - RESPONSABILIDAD POR DAÑOS**

**ART 40.** — 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. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

**ART 40 bis**: Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de 5 Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el INDEC. El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.

**Ley 25.675 - LEY GENERAL DEL AMBIENTE**:

**ART 1º** — La ley establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

**ART 4º** — La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los principios: 1) De congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; 2) De prevención; 3) Precautorio: La ausencia de información no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces; 4) De equidad intergeneracional; 5) De progresividad; 6) De responsabilidad; 7) De subsidiariedad; 8) De sustentabilidad; 9) De solidaridad; 10) De cooperación.

**Daño ambiental**

**ART 27.** — Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

**ART 28.** — El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible: indemnización sustitutiva.

**ART 29.** — La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un 3° por quien no debe responder. La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. **Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas**.

**ART 30.** — Tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, Art. 43 CN, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

**ART 31.** — Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente, sin perjuicio del D de repetición. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

**ART 32.** — La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. **Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes**. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

**ART 33.** — Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales.

**UNIDAD 16: ACTIVIDADES ESPECIALMENTE PELIGROSAS CON REGULACIÓN PROPIA:**

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS NUCLEARES:** Rige la Convención de Viena de 1963, ratificada en 1966, sobre “Responsabilidad Civil por Daños Nucleares”. Son los daños personales y materiales provenientes, directa e indirectamente, de las propiedades peligrosas de los combustibles nucleares, productos y desechos radioactivos que se encuentren en una instalación nuclear. Los daños morales de origen nuclear no son suceptibles de reparación, ya que se trata de una responsabilidad extraña a la idea de culpa.

Es responsable el explotador de la instalación, designado o reconocido por el Estado como tal. Si la responsabilidad recae en más de un explotador, todos son solidariamente responsables, a menos que pueda determinarse que parte de los daños ha de atribuirse a cada uno. El explotador puede recuperar su desembolso mediante una acción contra la persona por cuya acción u omisión dolosa se hubiera causado el accidente.

Fundamento de la responsabilidad: Objetivo: Riesgo creado.

Requisitos: Daño y relación de causalidad entre el accidente y el daño.

 Límite de la responsabilidad: u$s 5.000.000 por accidente – Debe prorratearse entre todos los damnificados, quedando al margen de la responsabilidad los intereses, gastos y costas.

Todo explotador deberá mantener seguro y otra garantía financiera.

Exención de responsabilidad:

* Dolo o culpa grave del damnificado.
* Daño originado por conflicto armado u otro hecho semejante.
* Se mantiene la responsabilidad aunque el daño derive de una catástrofe natural de carácter excepcional.

Caducidad de la responsabilidad: La responsabilidad caduca a los 10 años desde que se produjo el accidente. Los plazos no se interrumpen o suspenden.

**DAÑOS PRODUCIDOS POR RESIDUOS PELIGROSOS:** La ley 24051, “de residuos peligrosos”, solo es aplicable cuando se trate de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional. Residuo es el material que queda como inservible o desechable, después de haber realizado un trabajo u operación. Es peligroso todo residuo que *pueda* causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, agua, atmósfera o ambiente en general.

Responden por los daños causados por dichos residuos el generador –quien produce los residuos-, el transportista y el operador – responsable del tratamiento y disposición final de los residuos. Los responsables de las plantas de tratamientos –modifican los residuos para eliminar sus propiedades nocivas o disminuirlas- serán responsables en su calidad de guardianes de dichos residuos.

Fundamento de la responsabilidad: Riesgo creado. Responsabilidad objetiva.

Exención de responsabilidad:

* Culpa de un 3°, cuando la misma no pudo ser evitada por el dueño o guardián del residuo peligroso mediante el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso. Esta mayor exigencia se basa en el Art. 902 CC y convierte al hecho del 3° en un caso fortuito.
* Culpa de la víctima.
* El abandono de la cosa no es oponible a 3°.

Ley 25612 de residuos industriales: Esta ley se aplica a los residuos industriales que sean generados en *todo* el territorio nacional, no solo en los ámbitos de jurisdicción nacional. Sus disposiciones son prácticamente iguales a las de la ley 24051.

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTES DEPORTIVOS, ESPECTÁCULOS PÚBLICOS, ACTOS DISCRIMINATORIOS:**

- Accidente deportivo es todo daño o lesión que causa un participante a otro o a un 3° en ocasión del juego. En principio el accidente deportivo no es indemnizable porque no reúne el requisito de ilicitud, siempre y cuando el deportista haya respetado las reglas de juego. La infracción a las reglas por sí sola no genera responsabilidad, sino que es necesario que la misma se produzca con dolo o culpa grave. También genera responsabilidad la infracción reglamentaria que no guarda relación con el juego, ya que aquí el deporte es una simple ocasión del daño.

* Daños a los participantes como consecuencia del juego. Se supone que los deportistas asumen los riesgos que están asociados a la práctica deportiva tal como está reglamentada según las reglas de ese deporte, y no los que le sean extraños. Los deportistas pueden reclamar los daños que sufran de otros deportistas al causante, a su club o al club de quién causa la lesión, pero no a la entidad organizadora del evento, cuya responsabilidad alcanza daños sufridos por espectadores.
* Daños en el aprendizaje deportivo: Si bien el instructor se encuentra en una posición de garante respecto de ciertos daños, el alumno asume los riesgos ordinarios de la práctica que quiere aprender. El instructor tiene un deber de seguridad objetivo respecto del estado de sus instalaciones, traslados y otros riesgos, pero respecto a la específica práctica deportiva, su deber de seguridad es de medios.
* Daños a 3°: Cuando es consecuencia de la práctica deportiva, el deportista no debe responder.
* Daños a los espectadores: Si el espectador no tiene culpa, tiene derecho a ser indemnizado, no por el deportista, sino por el organizador del espectáculo.

- Espectáculos públicos: Son las reuniones no privadas sino públicas, de acceso libre o pago, por invitación o únicamente admisibles para socios. El espectáculo debe estar organizado por alguien, por lo que no comprende las reuniones espontáneas. El organizador del espectáculo asume un deber de seguridad frente al espectador, desde el acceso al espectáculo, hasta su desconcentración cuando finaliza. Incluso responde cuando no puede demostrarse cómo se produjo la lesión, ya que su deber de seguridad es objetivo y de resultados. Se admite como excusa la culpa de la víctima, y de acuerdo a la CSJN, su obligación es contractual por daños sufridos por el espectador y el equipo local, y extracontractual por los daños sufridos por el equipo visitante.

- Espectáculos deportivos: Cuentan con un régimen de responsabilidad más severo: Ley 23184 de Violencia en los Espectáculos Deportivos. Las entidades o asociaciones participantes son solidariamente responsables por daños sufridos por los espectadores en los estadios, si no ha mediado culpa del damnificado. Solo admite como causa de exoneración al hecho de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor, siempre y cuando sean externos o ajenos a los presuntos responsables o al riesgo de las condiciones del espectáculo. Se responde entonces por hechos de otros espectadores. El factor de atribución es objetivo, tratándose de una obligación de resultados. Son legitimados pasivos el organizador, el club que hace de local, el Edo cuando no brinda adecuadamente el servicio de vigilancia, el locador cunado conoce que se le da un destino ilícito al predio. El deportista no es responsable, salvo que tenga culpa. No son legitimados pasivos ni el patrocinador ni el sponsor, y no se responde por las lesiones de los participantes.

- Responsabilidad por actos discriminatorios: Existe discriminación cuando con motivo de un perjuicio se afecta la igualdad en el ejercicio de un derecho. En algunos casos las discriminaciones pueden ser justas, es ilegal en cambio cuando es arbitraria o persecutoria. En Argentina, la ley antidiscriminatoria es la 23592: ART. 1°.- *Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. Se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*.

La acción prevé dos acciones: 1) cesación del daño, 2) indemnización de daños y perjuicios. Pueden ser demandados tanto los particulares como el Estado. El daño a reparar puede ser moral, lucro cesante o daño emergente. Se regula expresamente el despido discriminatorio, estableciéndose en estos casos un incremento del 30% en las indemnizaciones, sin aplicarse los topes previstos por la ley.

En principio es el damnificado quién debe probar el daño y el carácter discriminatorio del acto. Sin embargo, cuando el acto discriminatorio tiene carácter explícito, se produce una inversión de la carga de la prueba. No es posible la comisión dolosa de este tipo de ilícitos. La discriminación genera tanto responsabilidad extracontractual como contractual –cuando por motivos discriminatorios se rompen las tratativas contractuales.

**JURISPRUDENCIA:**

**Corte Sup., 28/4/98 - Zacarías, Claudio H. v. Provincia de Córdoba y otros**: En los momentos previos al ingreso de los jugadores del Club Atlético San Lorenzo de Almagro a la cancha se produjo una tremenda explosión en ese sector provocada por una bomba de estruendo colocada por integrantes de la "barra brava" de Instituto Atlético Central Córdoba, cuya mecha había sido encendida desde el exterior del estadio por una de las ventanillas de las boleterías inhabilitadas. La explosión despidió un trozo de vidrio que impactó de manera violenta en la zona axilar izquierda del actor provocándole gravísimas lesiones. Explica que como consecuencia del hecho Zacarías debió ser trasladado en un móvil policial, ante la falta de ambulancias. Se tramitó una causa penal ante la justicia provincial donde se hizo mérito de que los dirigentes de la hinchada guardan sus banderas y bombos en un sitio que les provee el club y que tenían libre acceso a sus instalaciones. Por su parte, la Asociación del Fútbol ha incurrido en un defectuoso ejercicio del control de seguridad del estadio que le impone su propio reglamento.

El actor ha imputado responsabilidad extracontractual a la administración provincial por falta de servicio. Esta Corte ha resuelto que quien contrae la obligación de prestar un servicio público lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o ejecución irregular. La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular. En tales condiciones, y habida cuenta de que la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar, cabe concluir que no se ha configurado falta alguna de servicio por parte de la policía local, capaz de comprometer la responsabilidad de la Prov. de Córdoba.

Entre el organizador del juego y el espectador se celebra un contrato innominado, por el cual aquél se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de ese hecho. Por ello, el empresario del espectáculo incurre en responsabilidad contractual si incumpliendo el mencionado deber de seguridad permite que el espectador sufra un daño a causa del mismo espectáculo que él le ha ofrecido. Igualmente, es de naturaleza contractual, en razón de la relación de dependencia existente, la responsabilidad del organizador respecto de los jugadores de su propio equipo. Respecto de la responsabilidad del organizador frente a un jugador del equipo visitante existe una responsabilidad extracontractual, ya sea en función de la propiedad o guarda de las cosas productoras del daño, o de su responsabilidad directa, o de la culpa en que incurrieron sus empleados. Toda entidad organizadora de competencias y espectáculos deportivos tiene el "deber" de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes. Las relaciones existentes de complacencia de los dirigentes del Club hacia los integrantes de la hinchada revelan una manifiesta negligencia en el cumplimiento de las medidas de seguridad. También aparece configurada, por parte de la entidad, una manifiesta negligencia en el cumplimiento de los controles de la seguridad que es impuesto a los organizadores de acontecimientos deportivos.

La ley 23184, al fijar el régimen de responsabilidad civil, se refiere a "las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo" condición que no cabe adjudicar a la Asociación del Fútbol Argentino, la que no organiza ni participa del espectáculo ni ejerce control directo sobre los espectadores.

 **Daños y perjuicios. Espectáculos deportivos. Partido de fútbol. Lesiones sufridas en las inmediaciones del estadio. Responsabilidad del club organizador. Responsabilidad de la A.F.A. Responsabilidad de la policía Corte Suprema de Justicia de la Nación -**  **Mosca, Hugo A. v. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros:** Hechos: a) el actor condujo a un grupo de periodistas y fotógrafos hasta la cancha del Club Atlético Lanús, donde se llevó a cabo un encuentro de fútbol; b) que no asistió al evento como espectador ni entró al estadio, sino que permaneció en las inmediaciones; c) que faltando dos minutos para finalizar el encuentro, un grupo de simpatizantes de Lanús se introdujo en el sector de plateas bajas y comenzó a destrozar parte del piso, sillas y mampostería; d) que el actor, que se encontraba en la vía pública, fue alcanzado por un elemento contundente en el rostro a la altura del ojo izquierdo. No hay evidencia sobre los autores individuales o grupales que causaron el daño al.

Se ha demandado a la Provincia de BA, imputándosele negligencia por la actuación del personal de la dependencia policial. La responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes, no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. No se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. No se advierte una falta imputable capaz de comprometer la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires.

Se demanda al Club Atlético Lanús por no cumplir con los controles de seguridad que son impuestos a los organizadores de acontecimientos deportivos, al permitir el acceso de "inadaptados sociales" munidos de elementos (hierros y piedras) para causar daños.

No hay duda alguna de que los hechos ocurrieron en las inmediaciones del estadio, durante el partido, y de que el actor estuvo en el momento en que ocurrieron los desmanes. Nuestro régimen causal exige la prueba del curso normal y ordinario de las cosas y, por lo tanto, la regla es que, demostradas varias posibilidades, hay que estar a la más probable. Tal "curso normal y ordinario" está suficientemente demostrado. Todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 CC y especial en la ley 23.184. En el presente caso, no cabe duda alguna de que el incumplimiento de las estrictas medidas de seguridad que cabe exigir al organizador de un espectáculo deportivo, han sido violadas, toda vez que el accionar de un grupo de espectadores escapó a todo control y causó daños a terceros.

Los hechos dañosos tuvieron su causa en el accionar de espectadores que no son 3° por los cuales el organizador no deba responder y ocurrieron durante el espectáculo y en la secuencia temporal inmediatamente posterior. Además, se trató de daños ocurridos "con ocasión" del evento, toda vez que si este último no se hubiera celebrado, aquellos no habrían tenido. El derecho a la seguridad previsto en el art. 42 CN, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en la situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes.

Respecto de la AFA, la regla general es que una entidad que agrupa a otras entidades no es responsable por los daños extracontractuales que estas últimas causen a 3°, ya que no tienen facultades de control. Por esta razón, no son responsables extracontractualmente. Sin embargo, existen situaciones intermedias, donde corresponde examinar con rigor si existe una verdadera entidad que sólo representa, o bien una que "participa" (art. 33, ley 23.184) en la actividad de sus controlados. La A.F.A. es una entidad civil que tiene como miembros a los clubes y a las asociaciones de éstos que sean admitidos en su seno como afiliados, cuyo objeto es fomentar el fútbol y coordinar la acción de todas las entidades asociadas que lleven a cabo dicho deporte, en pro de su difusión y práctica disciplinada. La institución organiza y diagrama el fixture y establece los días y horarios para los encuentros futbolísticos de primera división. En función de lo anterior, no cabe duda de que esa asociación rectora del futbol argentino fue también organizadora del espectáculo deportivo que originó la lesión del actor.

**Daños y perjuicios. Responsabilidad del empleador. Transferencia de un grupo de trabajadores. Negativa a contratar. Selección discriminatoria de personal. Portador del virus de HIV. Daño moral Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F - F., V. H. v. Fiat Argentina S.A:** El actor funda su reclamo en un acto discriminatorio atribuido a la sociedad demandada, por ser portador de HIV. Aduce que así se le negó la posibilidad de ingresar y continuar su trabajo como normalmente lo hacía en la empresa Día Service S.A., por lo que demanda la indemnización del daño moral derivado de ese acto discriminatorio. En el examen preocupacional el director médico expresó: "Por estudio de laboratorio sugiere interconsulta urgente con hematólogo (probable aplasia medular). No se aconseja su ingreso". El mismo día que la clínica entregó el examen preocupacional se le había notificado a F. que no iba a ingresar a la empresa.

La protección que las leyes citadas contemplan se tornaría ineficaz si se autorizara a las empresas a no completar los estudios y consultas recomendados por los profesionales médicos que realizan el examen preocupacional. Además, no estaba definida la no contratación del actor por la demandada con anterioridad a la recepción del certificado y si el contenido de ese certificado aportaba elementos que eran suficientemente reveladores de que el actor era portador de HIV, corresponde concluir que esa recepción del certificado, importó que la demandada tomara conocimiento de esa situación.

El certificado y el juicio del perito médico, permiten afirmar que la demandada tuvo conocimiento de la posible afección de HIV; salvo dos personas, la casi totalidad del personal de Día Service que se encontraba en la misma condición de revista que el actor pasó a trabajar para la demandada, y como no se ha demostrado que hubiera estado incapacitado para el trabajo, ni que existiera alguna razón de índole técnica, administrativa, laboral o personal, en la empresa que había solicitado el estudio preocupacional, la exclusión del actor en el traspaso del personal de una empresa a otra importó un acto discriminatorio por ser portador de HIV.

 **ACTO DISCRIMINATORIO - LOCACION - Negativa del propietario a alquilar un inmueble a personas de religión judía. Afectación del principio fundamental de igualdad de trato. Acto voluntario cumplido con discernimiento, intención y libertad. Culpa. Daños y perjuicios. Calidad de abogada de la demandada. Imposibilidad de invocar "el miedo" a atentados terroristas para violar la ley. Límites a la libertad de elegir. La intimidad del ámbito donde se expresaron las ideas no puede servir de válido eximente para dejar inmune una violación a la Constitución. El Estado debe propiciar una protección genuinamente igualitaria. INDEMNIZACIONES. Daño moral. Tratamiento psicológico para una de las co-actoras. Procedencia. Daño psicológico. Rechazo - "Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA J - 11/10/2006**

La posibilidad de elegir no supone que se excluyan o restrinjan los derechos de las personas, por pertenecer a determinado grupo (artículo 1 de la CEDAW). El principio fundamental de igualdad de trato obliga a conceder las mismas ventajas a todos los que estén en iguales condiciones, a menos que se pueda justificar objetivamente su denegación. En el caso se vio afectada la igualdad de tratamiento, no se les dio igual oportunidad a esta pareja, comparativamente con otra que profesara la religión católica. Por más que la demandada tuviera miedo, su conducta no tiene justificación; de la confrontación entre la conducta prudente y la llevada a cabo, surge su obrar culposo (art. 909 CC). El acto voluntario cumplido fue realizado con discernimiento, intención y libertad, aunque no haya querido las consecuencias nocivas de aquél, su voluntad estuvo dirigida hacia la realización, y, por lo tanto, es responsable de lo acontecido.

El artículo 902 CC exige que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". La demandada es abogada, no puede invocar válidamente el miedo, para así violar la ley.

La libertad de elegir a quien se quiera tiene límites, y, además, la intimidad del ámbito donde se expresaron las ideas no puede servir de válido eximente para dejar inmune una violación a la CN, ni tampoco para tomar decisiones arbitrarias. Sin fanatizar igualitarismos, debe entenderse como arbitrario aquel acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por voluntad o capricho. Consagrar una solución adecuada a la luz de las normas y las valoraciones actuales, que tiendan a suprimir resabios, es tratar de lograr una real igualdad de oportunidades y de trato para todos. Indagar sin prejuicios, las razones y motivaciones de la decisión tomada muestra no sólo la falta de fundamentación sino una interpretación caprichosa o desaprensiva que lleva por el camino de la falta de trato igualitario.

**ACCIDENTE EN UNA PISTA DE MOTOCICLISMO. Competencia deportiva. Lesiones sufridas por participante. Daños irreversibles. ASUNCIÓN CULPOSA DEL RIESGO. Falta de personal idóneo actuando como banderilleros: Selección "al azar" anterior a cada competencia. Omisión de advertir la presencia del peligro a los otros competidores por trasladarse al lugar del accidente a prestar auxilio. Negligencia. Condiciones inadecuadas de la pista. Falta de seguridad. Riesgo derivado de la falta de control eficiente y de la mala organización. RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAEL y la ASOCIACIÓN SANRAFAELINA DE MOTOCICLISMO y/o sus integrantes al momento del accidente - "Molina, Hugo c/ Consejo Municipal de Deportes, Dirección Municipal de Deportes y Mun. de San Rafael p/ ord. s/ inc. cas." - SCJ DE MENDOZA - SALA I - 27/02/2006**:

La causa generadora de que el actor colisione a la moto que se encuentra detenida en la curva es el hecho de que la mencionada moto está obstaculizando su línea normal de marcha o sea que la moto se encontraba detenida sobre la pista y lo que obstruía no era la visión sino la línea normal de marcha. Lo que impidió la visión de Molina fue la negligencia e imprudencia del banderillero, que abandonó su puesto; por lo tanto la responsabilidad es de los organizadores y fiscalizadores del evento.

Está fuera de toda discusión que el banderillero no advirtió al actor el peligro que implicaba una moto que estaba sobre la pista, porque había ido a asistir al corredor que se había accidentado primero. O sea, no hay dudas que se ha probado la culpa causal de quien organizó y de quien controló esta competencia deportiva.

No se niega que el actor conocía los obstáculos indebidos del circuito y la inexperiencia de los banderilleros y ambas circunstancias son las denunciadas como causas relevantes del accidente. Si el actor no hubiese conocido que los banderilleros eran inexpertos ni que existían obstáculos indebidos en el circuito, ninguna imputación causal hubiese sido posible; en efecto, correr una carrera de motocicleta es actividad riesgosa, pero en este caso, la causa del daño no estuvo en el riesgo propio de la actividad, sino en un riesgo adicional, suplementario, anormal, cual es que los banderilleros eran inexpertos y existían obstáculos indebidos en el circuito. Se trata de riesgos específicos que el organizador, el controlador están en la posibilidad de desterrar proveyendo banderilleros aptos y eliminando obstáculos indebidos. O sea, no se trata de un daño causado por el riesgo genérico de la actividad, sino por un riesgo específico derivado de la falta de un control eficiente o de la mala organización.

**UNIDAD 17: RESPONSABIIDAD DEL ESTADO, DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE LOS CONCESIONARIOS DE SERVICIOS:** La CSJN ha reconocido la responsabilidad del Edo, tanto por su actividad lícita como por la ilícita. Se considera que cunado el daño proviene de faltas de servicios producidas por acciones y omisiones de los órganos estatales, el factor de atribución es objetivo. Se comienza a responsabilizar al Edo en el caso Devoto, de 1933, a partir de la aplicación del Art. 1113 (responsabilidad del principal). Principales puntos de la jurisprudencia CSJN:

* División de la responsabilidad según provenga de actividad ilícita o lícita.
* En ambos casos: responsabilidad directa.
* Abandono de la culpa, y admisión de la falta de servicio como factor de atribución.

Fundamente constitucional de la responsabilidad del Edo: Una corriente sostiene que se encuentra en el principio de igualdad ante las cargas públicas, Art. 16 CN, complementado por la idea Art. 17 de que todo sacrificio patrimonial impuesto por razones de utilidad pública debe ser indemnizado.

Evolución jurisprudencial CSJN:

1. Devoto – 1933: Consagra la responsabilidad aquiliana del Edo, por aplicación Art. 1113 CC.
2. “Ferrocarril Oeste c/ Prov. BA” - 1938: Introduce el Art. 1112 CC (*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título*) para fundamentar la responsabilidad de la Provincia, en relación al Art. 1113: Sostuvo que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el cual ha sido establecido. Reconoce que las relaciones en materia de responsabilidad se rigen por el derecho público, justificándose la aplicación del CC por razones de justicia y equidad.
3. “Vadell”: Fundamenta la responsabilidad en una falta de servicio, de naturaleza objetiva, con base al Art. 1112 CC. Sostuvo que la responsabilidad Art. 1113 CC es inaplicable al Edo que se desenvuelve en el ámbito del Derecho público. Al desplazar la culpa como factor de atribución, deja de ser necesario acreditar culpa del agente o individualizar al autor del daño. Basta acreditar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que se configure el factor de atribución.

En síntesis: la responsabilidad del Edo se trata de un caso de responsabilidad directa, fundada en principio s de derecho público (Art. 16 y 17 CN), excluyéndose la culpa como factor de atribución: se aplica la figura de la falta de servicio originada en su funcionamiento irregular o defectuoso. El Art. 1112 juega actualmente como factor de atribución objetivo de responsabilidad directa, que difiere de la culpa en que pueda haber incurrido el funcionario o empleado de la administración.

En el sistema administrativo, la responsabilidad por el hecho lícito constituye la regla. En el Derecho civil, el Art. 1071 prescribe que el ejercicio regular de un derecho no puede constituir un ilícito. En cambio, en materia administativa, los daños provocados por la actividad legítima de la AP, si bien no transforman a la actividad ilegítima, generan la obligación de resarcir. El fundamento de la responsabilidad del Edo por la actividad legítima es la igualdad ante las cargas públicas –Art. 16 CN: el particular que padece el daño se encuentra en una situación desigual respecto de quien no lo soporta, y en consecuencia posee el derecho a ser indemnizado. Es decir que la obligación de resarcir no nace del daño, sino de la alteración a la igualdad.

Requisitos para que se configure responsabilidad patrimonial estatal: (CSJN caso “Tejeduría Magallanes”):

1. Existencia de un daño actual y cierto.
2. Imputabilidad de los daños al Edo: deben ser daños causados por órganos del Edo actuando en sus funciones públicas, requiriéndose que la actividad dañosa presente un mínimo de recognosibilidad exterior.
3. Relación de causalidad entre el accionar del Edo y el perjuicio, pudiendo responder tanto a una acción como a una omisión.
4. Factor de atribución: Falta de servicio (objetivo). En consecuencia no se excluye por los hechos involuntarios ni se aplica la responsabilidad refleja del Art. 1113 CC.
5. En el caso de que se trate de una actividad lícita, debe haber un sacrificio especial del perjudicado.

Extensión de la responsabilidad por actividad lícita:

* En el caso “Laplacette” excluyó la indemnización por lucro cesante.
* En “Sánchez Granel”, reconoció la reparabilidad de dicho rubro.

Actualmente, el criterio para medir la extensión de la indemnización por el accionar legítimo del Edo responde al mandato constitucional y legal de reparar la disminución patrimonial que sufre el valor del bien o el derecho por razones de utilidad pública, lo que puede comprender tanto daño emergente como lucro cesante.

**Cots Libia Elda c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ daños y perjuicios - Responsabilidad estatal por omisión o deficiencias en controles. Transporte urbano. Peatón embestido por colectivo. Daños por lesiones gravísimas. Responsabilidad del dueño o guardián de la cosa dañosa. Carencia de cobertura aseguradora por parte de la empresa de transportes. Procedencia del reclamo indemnizatorio dirigido contra la autoridad administrativa por deficiencias y omisión del debido ejercicio de funciones de control sobre las concesionarias de transporte público de pasajeros**. Hechos: La causa tuvo su origen en un accidente, sucedido cuando una mujer que cruzaba la intersección de dos avenidas céntricas fue embestida por un colectivo, que avanzó contraviniendo las normas de tránsito. La víctima sufrió lesiones que derivaron en la amputación de sus piernas y padece una incapacidad permanente del 90%. Conforme quedó probado en la causa, el móvil embistente carecía del seguro reglamentario según las normas vigentes, y la empresa de transportes se enconraba en déficit financiero. La afectada demandó al conductor del colectivo, a la empresa de transportes, y a la Secretaría de Transporte dependiente del Ministerio de Economía de la Nación.

Para generar la responsabilidad objetiva del Artículo 1113 CC, a la víctima le es suficiente con probar el acaecimiento del accidente, y el dueño o guardián de la cosa riesgosa sólo se liberará total o parcialmente de esa responsabilidad si prueba la culpa de aquélla. No puede atribuirse culpa a la víctima, si ésta, según los testimonios de testigos, marchaba sobre las líneas peatonales.

Con respecto a la responsabilidad estatal, a la luz de la normativa aplicable, cabe examinar si el Estado Nacional ha desempeñado diligentemente el deber de policía. El ejercicio "regular" del poder de policía estatal, por sí solo, no da lugar a resarcimiento. Empero, si se verifica un ejercicio "irregular" de tal poder, es evidente que los daños serían indemnizables, por configurarse un supuesto de responsabilidad por "culpa". El ejercicio del poder de policía imponía al Estado el deber de adoptar medidas idóneas y eficientes para que el dueño o guardián de la cosa riesgosa sujeta al servicio en cuestión, adoptase medidas apropiadas para evitar que la deficiente prestación del mismo se transforme en fuente de daños. A tal efecto, resultan notoriamente deficientes las medidas administrativas adoptadas, pues sólo se labraron sumarios y se impusieron multas, pero no se sacó de circulación a las unidades carentes de la cobertura obligatoria.

Ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar la vida y la seguridad de los gobernados. Por ello, si para llenar estas funciones aquél se ha valido de agentes, elementos o medidas de escasa eficacia, que no han tutelado debidamente los intereses en juego, debe soportar las consecuencias de la mala elección, o del deficiente control. La responsabilidad del Estado Nacional por los actos y omisiones de la Secretaría de Transporte de la Nación deriva del Artículo 1112 CC, sin que sea necesario recurrir al 1113.

 **CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c. Provincia de Buenos Aires y otro” (21.03.2006):** Los padres de una menor fallecida al recibir un disparo proveniente del arma reglamentaria de un policía que perseguía a un delincuente, impetraron una acción de daños y perjuicios ante la CSJN.

Tradicionalmente las causas relativas a pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios originados por la presunta falta de servicio imputada a cualquiera de los órganos que integran los poderes de gobierno de las provincias, eran consideradas causas civiles, teniendo la CSJN competencia originaria para tratarlas. Sin embargo, esto generó una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local. De ahí, pues, la imperiosa necesidad de revisar un criterio que se muestra como gravemente inconveniente en su aplicación actual.

El objeto de la jurisdicción originaria conferida por los arts. 116 y 117 CN en asuntos, como el presente, de distinta vecindad —o extranjería— de la parte litigante con una provincia no es otro —según lo ha expresado desde antiguo el Tribunal— que darles garantías a los particulares para sus reclamaciones, proporcionándoles jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad. Pero ese alto y respetable interés institucional encuentra su preciso límite en el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales, de manera de no perturbar su administración interna. Quedan excluidos los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias, lo cual se da en el presente caso.

El presente caso exige el estudio del régimen jurídico administrativo local que sienta las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determina las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integra, todo lo cual no es del resorte de la Corte Suprema.

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. Accidente de tránsito. Conducta irregular de la administración provincial ante la falta de iluminación y señalización de rutas y caminos. Remisión a la doctrina "Barreto". COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CSJN: Rechazo - "Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires) s/ daños y perjuicios" - CSJN - 30/05/2006:** En el sub lite se persigue la reparación de los daños y perjuicios causados por un accidente de tránsito cuya causalidad se atribuye a la conducta irregular en que habría incurrido la administración provincial ante la falta de iluminación y señalización necesarias que permitieran advertir la presencia de un obstáculo en la ruta o de una circunstancia de riesgo -la rotonda donde se produjo el accidente. La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por las consecuencias de su comportamiento omisivo, con indiferencia de que el deber de responder que se imputa se califique en la presunta "falta de servicio" en que habría incurrido un órgano de la provincia demandada por el cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias con fundamento en el art. 1112 CC; o en su carácter de titular de dominio de un bien público del Estado provincial destinado al uso y goce de los particulares; o que se sustente en la omisión o deficiente ejercicio del poder de policía de seguridad.

Lo expuesto conduce necesariamente al estudio e interpretación del régimen jurídico administrativo provincial de las rutas y caminos dentro del territorio de la provincia; así como a la determinación de la jurisdicción y alcances de la competencia que esas normas atribuyen a los órganos o dependencias encargados de ejercer el poder de policía de seguridad en las redes viales como el control sobre los trabajos realizados por un tercero en los caminos públicos de la red provincial. En consecuencia, en el sub lite no se verifica una causa de naturaleza civil que, en procesos como el presente, corresponda a la competencia originaria reglada en el art. 117 CN y en el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, por lo que el Tribunal debe inhibirse de continuar conociendo de este asunto.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTUACION ILEGITIMA DEL PODER JUDICIAL. Detención. Irregularidad de la orden de detención. Actuación del juez gravemente ilegítima. Condena penal del magistrado y destitución. INDEMNIZACIONES. Daño material. Daño moral. Procedencia. Daños punitivos. Rechazo - "Cozza Héctor Rubén c/ M° de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación y/o EN s/ daños y perjuicios" - CNACAF - SALA IV - 06/12/2005**: Para tener por configurado el daño que dé lugar a la responsabilidad del Estado por el obrar de los órganos judiciales, es necesario, como principio, que no se haya podido encontrar remedio en el marco del proceso y del ejercicio regular de la función jurisdiccional y que un nuevo pronunciamiento judicial declare la ilegitimidad de los actos del juez y los deje sin efecto. La mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización ya que, a dicho propósito, sólo cabe considerar como consecuencias dañosas derivadas de un "error judicial" a aquellas que han sido provocadas de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, y que no lograron hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos.

Aunque en el mismo proceso, se haya encontrado el medio para hacer cesar el daño, cabe hacer excepción a aquella regla cuando el irregular ejercicio de la función judicial es tal que da lugar a la condena penal del magistrado -y no sólo a la declaración de nulidad de todo lo actuado. En tal supuesto, no es posible sostener, con razonabilidad, que el particular carezca del derecho a una reparación del perjuicio, efectivamente sufrido y que nunca debió haber soportado. Esa es la situación de autos.

**DAÑOS. Equivocada declaración de una quiebra. Homonimia. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL Y DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Errores "in procedendo" en la prestación del servicio de justicia. RESPONSABILIDAD del magistrado de la Pcia. de Buenos Aires que en su momento intervino en la declaración de quiebra. Tercero citado (art. 96 del CPCCN). Extensión de la condena al letrado apoderado que pidió la quiebra. INDEMNIZACIONES. DAÑO MORAL. Obligaciones concurrentes - "Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios" - CSJN - 23/05/2006:** La quiebra decretada -por el Juzgado Nº 2 de Lomas de Zamora- y que dio lugar a la interdicción de salida del país que afectó al actor, pudo haberse evitado a poco que su letrado apoderado hubiera reparado con la diligencia debida. La ligereza culpable con la que obró el profesional, contraria a la diligencia que le era exigible (art. 902 CC), compromete su responsabilidad frente al actor. No así, en cambio, la de su representada. Esto último es así porque respecto de los actos ilícitos no puede haber representación, pues en lo que concierne a los daños extracontractuales la regla general es que el obligado a repararlos es su autor. Si el representante no sólo se aparta de las instrucciones recibidas, sino que viola el derecho de un 3° al no tomar las precauciones para evitarlo, es el mandatario quien debe cargar con las consecuencias de los daños que provoque. En definitiva, el hecho de demandar a una persona que no era deudor del mandante constituye un acto que no se vincula necesariamente con el mandato, por lo que no puede ser imputada tal conducta al representado (art. 1946 cc). Por lo demás, el apoderado no ha acreditado que fuera su poderdante quien le hubiera suministrado datos erróneos sobre la persona de su contraparte.

En cuanto a la responsabilidad atribuida al titular del juzgado Nº 2 de Lomas de Zamora-, así como la de la Provincia de Buenos Aires en tanto la actuación de aquél tiene aptitud para comprometer la responsabilidad de esta última (art. 1112CC), la sentencia de quiebra fue dictada, y cumplidas las medidas de aseguramiento consiguientes a ella, sin reparar en esos contradictorios antecedentes, que debieron ser objeto de verificación a fin de acreditar acabadamente la identidad del fallido, requisito esencial habida cuenta de las severas consecuencias legales que contempla la ley concursal. Las irregularidades procesales que se manifestaron en los juicios tramitados comportan el cumplimiento defectuoso de diligencias sustanciales del proceso que comprometen, por una parte, la responsabilidad personal de los órganos actuantes (art. 1112 CC) y, por otra parte, la responsabilidad directa por la actuación de aquéllos tanto de la Provincia de Buenos Aires como de la Nación, no en el marco del denominado "error judicial", sino en el espacio de los errores "in procedendo" cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia que individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación del servicio de justicia. En el presente caso, la actividad jurisdiccional cumplida en la justicia provincial y nacional, concurrentemente, se constituyó en causa eficiente del daño.

**UNIDAD 18: CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD VINCULADAS A LA FAMILIA:**

**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS ENTRE CÓNYUGES**

Existen, al respecto, dos posiciones opuestas:

* El criterio tradicional niega la aplicabilidad del régimen general a los daños producidos en el marco de las relaciones de familia, salvo que existan normas específicas que así lo dispongan. Como fundamento, se considera que correspondería priorizar el ámbito intrafamiliar de comunidad de vida, protegido por normas de orden público distintas a las de otros campos del D Civil. Si se introduce el D de Daños en el sistema familiar, se le da una perspectiva individualista, incompatible con el interés superior de la familia, reconocido en la CN. Se ha destacado el carácter "público" del D de Familia, por el predominio del valor social sobre el individualismo egoísta, propio del Derecho patrimonial.
* La posición favorable a la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil se sustenta en el principio alterum non lædere, en el derecho a la integridad personal y por ende a la reparación de su daño, y en la unidad del Derecho Civil, del cual el Derecho de Familia forma parte.

Sin embargo, ambas posiciones en la práctica suelen admitir la posibilidad de hacer excepciones, demostrando la dificultad tanto de una aplicación absoluta como la de una completa prescindencia de las normas generales de responsabilidad civil frente a las relaciones de familia. Nos inclinamos, como principio general, por la respuesta negativa, porque la aplicación lisa y llana del régimen general de responsabilidad civil dentro del marco de la institución familiar implicaría la desnaturalización de los principios que constituyen a ésta. Sería deseable que existieran normas específicas que determinaran la eventual procedencia, presupuestos, alcances y límites de la reparación de daños producidos en las diversas relaciones de familia, pero cuando no las hubiere, sólo en casos excepcionales y con criterio restrictivo cabría admitirla.

**Daños y perjuicios entre cónyuges**

*a) Reparación de daños entre cónyuges en la vida cotidiana.* Los casos en que uno de los cónyuges puede sufrir daño en su persona o en sus bienes, jurídicamente imputables al otro, comprenden los hechos constitutivos de injurias graves, causales de divorcio, los daños por imprudencia, impericia o negligencia, o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado, o por los animales que pertenezcan a uno de ellos.

Es difícil imaginar, en una convivencia matrimonial normal, la promoción de una demanda indemnizatoria por un cónyuge contra el otro. Sin embargo, las eventuales acciones quedarían latentes hasta la disolución del matrimonio, por muerte o divorcio vincular, por la suspensión del curso de la prescripción Art. 3969 CC. Tales créditos y/o responsabilidades resarcitorias podrían convertirse en un anexo a la liquidación de la sociedad conyugal o a la sucesión del cónyuge fallecido, donde los herederos podrían demandar al supérstite la reparación de los daños materiales no reclamados en vida por el causante. En el supuesto de daño a la persona o a los bienes de uno de los esposos, imputable al otro, que tuviera un seguro de responsabilidad contra 3°, también podría aparecer el interés del afectado de hacer valer la obligación indemnizatoria del responsable, para obtener el pago por la compañía de seguros. En EEUU ha predominado la "doctrina de la inmunidad familiar", que significa la no admisión de demandas de daños y perjuicios entre cónyuges. Sus fundamentos son la protección de la unidad familiar y las relaciones internas de sus integrantes, la prioridad del orden público interno matrimonial, evitar la multiplicación de causas y el fraude a las aseguradoras.

En la Argentina, en un antiguo caso, se consideró que el Art. 3969 CC implicaba la no admisibilidad de demandas entre cónyuges. A nuestro juicio, el matrimonio significa la constitución de un mundo común, un orden de relaciones personales especial poco compatible con la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil. Vélez, en la nota al título Del matrimonio CC, observaba que "el matrimonio es un contrato sui géneris, diferente en muchos respectos de todos los otros contratos, y tanto, que las reglas de Derecho aplicables a los otros contratos, no pueden aplicarse a éste, ni en su constitución, 'ni en los medios de ejecución'. El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de [...] la sociedad civilizada..." Los cónyuges tienen un régimen de derechos, deberes, responsabilidades, sanciones, totalmente específico, que se ve desnaturalizado si se les introducen responsabilidades de tipo aquiliano, en especial las fundadas en los Arts. 1109, 1113 y concordantes del CC. La admisión de la posibilidad de reclamos entre los cónyuges por supuestos daños recíprocos en sus personas o en sus bienes sólo serviría para multiplicar el conflicto, y en definitiva, agravar las penas propias de una crisis matrimonial.

*b) Reparación del daño por los hechos que son causal de divorcio.* Los opositores a la reparación pecuniaria del daño moral o material causado por los hechos que dan lugar al divorcio sostienen que:

* La institución del matrimonio crea una relación basada en el amor y la tolerancia recíproca, y esas condiciones son aceptadas por los cónyuges al dar su consentimiento;
* Sería indigno procurar cobrar compensaciones pecuniarias por las faltas matrimoniales;
* En las crisis matrimoniales hay responsabilidades compartidas, no simples ni fáciles de dilucidar, y menos de medir económicamente;
* La posibilidad de reclamar reparaciones incrementa el conflicto y dificulta los acuerdos;
* Se estimularía así el "divorcio sanción" en contra del "divorcio remedio";
* El D de Familia tiene especialidad, y las injurias entre cónyuges tienen su régimen propio;
* En las relaciones de familia, cuando la ley ha querido incorporar la indemnización de daños, lo ha hecho expresamente y la ley 23.515 no hizo lo mismo para el caso de separación personal o divorcio.

La tesis que admite la reparación del daño es mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia, y se funda en:

* La protección constitucional de la integridad, física, psíquica y moral de la persona;
* El principio de "no dañar a otros";
* La unidad del Derecho Civil, del cual el Derecho de Familia es parte;
* El resarcimiento siempre que exista daño, relación causal, antijuridicidad y factor de atribución;
* La injusta discriminación de negar al cónyuge una indemnización que a otro se daría;
* Que no podría establecerse un principio a contrario sensu del Art. 225 CC, porque el argumento inverso encontraría razón en el artículo 8º de la LMC, ahora modificado por el artículo 165 CC.

La *posición intermedia*, tesis "afirmativa restrictiva", parte de la no aplicabilidad general de la reparación del daño moral en los conflictos matrimoniales, por entender que "el desamor no es indemnizable", ni los incumplimientos que son expresión de la pérdida del vínculo afectivo, ni la frustración y pérdida propia del fracaso matrimonial, por lo que la sola violación del deber matrimonial no generaría reparación. Serían, así, reparables los hechos que llevaron al divorcio, cuando tienen una fuerza dañadora muy punzante que van más allá de la culpa en el divorcio para entrar en el campo del ataque personal.

Si se admite la posibilidad de reparación del daño moral se plantea otra cuestión relativa a la necesidad, o no, de demostrar su existencia. El daño moral no debe confundirse con el duelo que produce la separación en sí; la sensación de fracaso y frustración que se vuelca en el otro por no haber podido concretar los proyectos conyugales, es algo inherente a la pérdida. Por ello se ha resuelto que no se trata de un daño in re ipsa, y que no basta acreditar la concurrencia de los actos que constituyen la causal de divorcio, sino que "debe demostrarse cómo han causado la privación del goce de bienes de valor esencial como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos".

En el divorcio decretado por culpa de ambos cónyuges, si aplicáramos los principios generales de responsabilidad civil se podrían establecer proporciones en la "concurrencia de culpas" y diferenciar los respectivos daños sufridos, para determinar los créditos recíprocos. No es ése el criterio de la jurisprudencia que admite la reparación del daño en el divorcio, y que en forma casi unánime ha considerado que sólo el cónyuge "inocente" tiene el eventual derecho a pedir su resarcimiento. Por lo tanto, si se declaró la culpa de ambos o se trató de una causal objetiva, no se abriría la posibilidad de dicho reclamo.

*c) Demanda indemnizatoria sin juicio de separación o divorcio.* La lógica de la aplicación de las normas de responsabilidad civil llevaría a que el derecho al resarcimiento por el cónyuge que ha sufrido el daño imputable al otro, no necesite del juicio de separación personal o divorcio para su reclamo judicial. No participamos de esa interpretación, que implicaría agregar, a la batería de eventuales reclamos contenciosos de los cónyuges en conflicto, la posibilidad de una demanda autónoma de daños y perjuicios, anticipada al juicio de divorcio, ya que entonces se abriría un nuevo campo de lucha para esposos.

Un sector de la doctrina favorable a la procedencia de la responsabilidad civil entre cónyuges, interpreta que ésta sólo se podría hacer efectiva junto con el juicio de divorcio, o después de éste, que tendría una suerte de "prejudicialidad" respecto del indemnizatorio. En otros casos se ha diferenciado según se trate de "hechos ilícitos genéricos", en los cuales la acción sería autónoma e independiente, o "específicos del matrimonio", en que estaría condicionada al ejercicio de la acción de divorcio.

*d) Reparación de los daños resultantes de la separación o divorcio.* La mayoría de la jurisprudencia sobre el tema se refiere al daño por los "hechos constitutivos de las causales de divorcio", y son muy pocos los que han considerado la reparación del daño producido por el divorcio en sí. Para Zannoni, "considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños extrapatrimoniales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario pasa por alto que el divorcio no es fuente de daños: es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial. Dentro de nuestro régimen legal, los alimentos debidos al cónyuge inocente del divorcio cumplen una función no sólo asistencial sino compensatoria, como surge del Art. 207 CC. Es, así, una forma específica de reparación, que excluye la del Derecho común.

Más allá de la forma jurídica que tome la separación entre los padres, si aplicamos los principios generales de la responsabilidad civil, se los podría considerar responsables frente a los hijos por el daño que les causa a éstos el divorcio. No compartimos esa posición por los fundamentos que hemos dado acerca del campo propio de las relaciones de familia y la especialidad de las normas que las rigen.

**Conclusiones**

1. En principio, las normas generales de responsabilidad civil no son aplicables a la reparación de daños producidos en las relaciones entre cónyuges.
2. La reparación del agravio moral producido por los hechos que son causa del divorcio sólo puede ser reclamada por el cónyuge inocente y cuando la ofensa tiene una magnitud extrema y una gravedad que supera los criterios normales de evaluación del incumplimiento de los deberes conyugales.
3. La acción indemnizatoria sólo podría ser promovida junto con la demanda de separación personal o divorcio, o después de la sentencia dictada en ésta.
4. La forma normal de compensar al cónyuge inocente por los perjuicios derivados del divorcio es la prestación alimentaria del artículo 207 del Código Civil, sin que, en principio, aparezca justificado agregar a ésta otros resarcimientos.

**Responsabilidad en el Derecho de familia: Daños y perjuicios derivados del divorcio:** La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 20-09-1994, dispuso: *“En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de la causales de divorcio”*. Si bien es cierto que la decisión no obliga al tribunal a acceder automáticamente a los reclamos por daños morales que realiza el cónyuge inocente por la sola circunstancia de existir una declaración de culpabilidad en el divorcio, la sola existencia del plenario favorece una actitud de los jueces proclive a la concesión frecuente de reparaciones; y ello aunque muchos de los casos no constituyan situaciones que puedan calificarse de excepcional gravedad. Se dificulta por este camino que la ruptura matrimonial se oriente por la vía del divorcio-remedio y constituye un incentivo al divorcio contencioso.

No se pretende postular que el conjunto de las relaciones familiares estén excluidas de las reglas generales del sistema, como tampoco negar la vigencia --como principio-- del *alterum non laedere.* Es verdad que desde la estricta óptica formal los hechos constitutivos de las causales subjetivas de divorcio son *ilícitos* y, por lo tanto, se podría sostener que si ocasionan un perjuicio dan nacimiento a la obligación de repararlo. Empero, también es cierto que el hecho ilícito --causal de divorcio-- solo existirá como tal en la medida que medie una sentencia con atribución subjetiva de culpabilidad; vale decir que las causales del art. 202 CC no operarán autónomamente sino que estarán condicionadas al resultado del divorcio impetrado.

La configuración como *“ilícito”* del hecho que da lugar al divorcio depende de la *culpa*. Bien sabida es la *crisis* del concepto de *"falta"* matrimonial; que no media seguridad alguna de que exista culpa exclusiva de quien injurió. Es indudable que --por más que se hable de *"culpable"* e *"inocente"*-- el factor subjetivo de atribución es sumamente endeble; y ello por el severo cuestionamiento interdisciplinario a la credibilidad del concepto de *"culpa"*, lo que a su vez pone en tela de juicio la credibilidad de la *"inocencia"* en la quiebra conyugal. Estamos en presencia de una reprochabilidad jurídica que es muy difícil sostener en el ámbito de las disciplinas afines.

Desde luego que no se descarta que, a raíz del quiebre conyugal, resulta posible que se produzcan daños concretos a un cónyuge. Pero el *quid* en esta materia halla en la *imputabilidad*; esto es, en el factor de atribución. La indemnización no es la desaparición del daño sino su *desplazamiento a otro patrimonio*, de manera que *siempre* retornaremos al tema de la atribución subjetiva de responsabilidad y, con ella, a la dudosa credibilidad de la noción de *"culpa"* en el divorcio; culpa que *carece* del debido correlato en la realidad.

No se trata, efectivamente, de *"premiar"* al infractor ni facultarlo a dañar sin responsabilidad. En caso de violación de los deberes matrimoniales, existen las consecuencias arts. 207, 211, 212 y 217 CC que deberá soportar el cónyuge culpable por su condición de tal. Por otra parte, si lo que se verifica son ilícitos graves que, por su naturaleza, trascienden el derecho matrimonial (lesión al derecho a la integridad física, a la vida, o al honor), el derecho matrimonial quedará *desplazado*. Los cónyuges no serán convocados como tales, sino como víctima y victimario y con independencia de que exista o no el vínculo conyugal. Es claro que en estos eventos --con o sin sentencia de divorcio-- corresponderá aplicar en plenitud las normas del responder civil

Dejar sin efecto el plenario de marras implicará por parte de la judicatura un acto de responsabilidad social. Es misión de los jueces realizar todos los esfuerzos posibles para que los cónyuges no se sumerjan todavía más profundamente en la crisis que padecen y que los obliga a transitar por los pasillos de tribunales.

**“GGG c/B de GSM” Cám. Nac. De Ap. en lo Civil. 20/09/1994. Indemnizaciones de daños y perjuicios resultantes del divorcio:** En nuestro D positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio.

Muchos autores se han pronunciado a favor de la negativa, apelando a razones de moral y buenas costumbres, a la ausencia de norma expresa, en el carácter autónomo del régimen de sanciones que determina el divorcio, etc. La doctrina nacional favorable al resarcimiento de los daños unidos al divorcio es mayoritaria, con base en el carácter general de los arts. 1077, 1109 del Cód. Civil, y en relación al daño moral en el art. 1078, por advertirse en las causales del divorcio verdaderos actos ilícitos.

La decisión versa no sobre la indemnización de los daños emergentes del divorcio en sí mismo, sino de aquéllos derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio. La ausencia de normas particulares no puede ser aducida para inhibir la indemnización, y el principio de especialidad que domina al derecho de familia, no constituye obstáculo para --frente al silencio de la ley-- por vía interpretativa, obviar principios de la responsabilidad civil de los arts. 1077, 1078, 1109 y concs. CC que, por su generalidad también son aplicables cuando de los hechos que dan lugar a divorcio, se deriva daños al cónyuge inocente.

La satisfacción de la víctima del daño moral generado por los hechos que desencadenaron el divorcio, no se alcanza con la sanción de culpabilidad para el ofensor. Si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de las taxativamente enumeradas por el art. 202 CC, está cometiendo un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio. Pero si ese ilícito además causa un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existe impedimento alguno para penetrar en el campo aquiliano.

Si bien el derecho de familia ofrece particularidades, integra un cuerpo normativo congruente, cual es el CC, que sanciona a quien viola un deber jurídico, dolosa o culposamente, con la obligación de resarcir el daño causado. No se trata de una acumulación de reparaciones por un mismo hecho, sino de consecuencias distintas con reparaciones independientes, con un fundamento diferente. Así el derecho de alimentos del cónyuge inocente, tiene un fin asistencial que tiende a cubrir las necesidades alimentarias de éste. Y el resarcimiento por daño moral, apunta a enjugar las consecuencias del hecho ilícito.

No se advierten tintes inmorales en el reclamo indemnizatorio del daño moral en tratamiento, ni tampoco que su reconocimiento conlleve al estigma de la indignidad.

En consecuencia, y si bien corresponderá al juzgador en definitiva analizar los elementos cada caso, la conducta de los cónyuges y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral que uno de ellos alega, este tribunal no encuentra obstáculo en el sistema legal vigente para su reparación.

**Responsabilidad por ruptura de uniones de hecho:** Quienes consienten una unión libre, tienen la libertad de ponerle fin cuando deseen, no pudiendo reputarse tal ruptura como antijurídica. En cambio, las circunstancias en las que ésta se produce, pueden determinar un ilícito resarcible. Es decir que la ilicitud no consiste en la separación en sí misma sino en la forma en que ésta se lleva a cabo. Aquí, si bien no es necesario invocar una causa justificada para poner fin a una unión de hecho, cuando es llevada a cabo de forma afrentosa o escandalosa, genera responsabilidad. Dicha responsabilidad no es contractual sino que deriva del incumplimiento al deber genérico de no dañar, y requiere culpa o dolo como factor de atribución.

**Responsabilidad por quebrantamiento de promesa de matrimonio:** *Art. 165. Este código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio*. Si bien el texto anterior del Art., desestimaba toda acción de daños derivados de un compromiso matrimonial, la redacción actual permite sostener la plena vigencia de la responsabilidad aquiliana frente a los daños experimentados por la violación dolosa o culposa de la promesa de matrimonio. La mera inobservancia de la promesa de casamiento no habilita la acción resarcitoria, sino que solo cabrá reparación en los casos en los que la ruptura genere un daño y sea intempestiva e injustificada, producto del obrar doloso o culposo de quien incumple su palabra. La indemnización debe reducirse al daño al interés negativo, o de confianza, poniendo al damnificado en la misma situación en la que hubiera estado de no haberse efectuado la promesa desatendida. Esto debe comprender tanto las erogaciones efectuadas con motivo de la celebración del matrimonio, como el tiempo invertido en esos menesteres, y el daño moral causado.

**Responsabilidad por omisión de reconocimiento espontáneo de hijo:** El derecho a la identidad biológica comprende el deber de los padres de efectuar un oportuno reconocimiento del hijo extramatrimonial. En este sentido, ni la indignidad sucesoria ni la pérdida del usufructo sobre los bienes del menor, previstas como sanción para quien no reconoce espontáneamente a su hijo, son suficientes para negar la reparación del daño causado por tal omisión. Pero es indispensable que el perjuicio se cause a título de dolo o culpa.

La omisión es solo imputable cuando sabiendo o debiendo saber el progenitor que ha engendrado un hijo omite reconocerlo. Pero la ignorancia respecto de ese hijo excluye la responsabilidad, asi como también la excluye la imposibilidad jurídica de formular un reconocimiento (esto ocurre con los hijos de la mujer casada: solo el marido y el hijo pueden impugnar la paternidad, no un 3°).

No es responsable la madre que haya demorado y omitido la promoción de acciones tendientes a establecer la paternidad del hijo. Por el contrario, algunos autores reconocen a la madre legitimación como damnificada indirecta de la omisión paterna.

También debe ser considerado antijurídico el reconocimiento que no se corresponde con la realidad biológica, porque con ello se ha provocado un emplazamiento familiar erróneo.

**EL DAÑO MATERIAL POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO:** La actora, en representación de su hijo menor, deduce demanda de daños reclamando una indemnización por los perjuicios sufridos a causa de la falta de reconocimiento de la paternidad por parte de su progenitor, declarado tal judicialmente al inicio de esta acción. Reclama los rubros daño moral y daño patrimonial. La demanda fue acogida en 1° instancia. La cámara de apelaciones redujo el monto de condena por daño moral y rechazó el daño material, por considerar que no se encontraba acreditado: la actora no ha logrado probar que el menor, a raíz de la falta de reconocimiento, y por ende de todo aporte alimentario, hubiese padecido privaciones de cualquier índole acordes con su edad y situación social. En la medida que la madre cubrió las necesidades de subsistencia, educación, esparcimiento y salud del menor, este no sufrió daño material alguno. La Corte Mendocina sostuvo que corresponde fijar una indemnización en concepto de daño material, en carácter de "chance", por falta de reconocimiento de la paternidad, desde que si bien el menor, gracias al esfuerzo materno, ha tenido cubiertas sus necesidades mínimas, el aporte paterno le hubiese dado la "chance" cierta de lograr una mejor asistencia, una vida sujeta a menos restricciones y un mayor desarrollo en todos sus aspectos.

La admisión del perjuicio extrapatrimonial en los juicios de filiación de emplazamiento se ha consolidado en la doctrina y jurisprudencia. En cambio, el tema de los perjuicios patrimoniales registra menor tratamiento en los precedentes. Esto posiblemente obedezca a que, en general, se admite que el daño moral no exige prueba para acreditar su procedencia. En cambio, respecto al daño patrimonial la prueba de su existencia resulta indispensable para que resulte resarcible. En consecuencia, en la medida que se cumplan los restantes requisitos de la responsabilidad civil habrá lugar al daño extrapatrimonial, pero no siempre al patrimonial. Un problema adicional que plantea el daño material en este tipo de juicios, es su cuantificación.

En ninguna instancia se ha puesto en duda la procedencia de los daños extrapatrimoniales o patrimoniales en el ámbito de la filiación. Por ello es que la cuestión central se refiere a las reglas de las cargas probatorias. Las reglas sobre la distribución de las cargas probatorias sólo revisten importancia ante la insuficiencia o ausencia de elementos probatorios para fundar la convicción judicial. Incumbía a la actora probar los daños materiales reclamados, pues constituyen la base de su pretensión. La Cámara prescindió sin razones de elementos probatorios adquiridos en el proceso y provistos de relevancia para resolverlo, tales como los escasos recursos de la madre, el tren de vida que llevó el niño, y los recursos y patrimonio del padre.

Existen dos tendencias: Una, restrictiva, que no admite que al reclamo de alimentos pueda adicionársele el de daños y perjuicios; de suerte que todo daño derivado de la falta de cumplimiento de la cuota queda cubierto con los intereses, incluso, por las sanciones conminatorias art. 666 bis CC. Sólo ante el incumplimiento doloso o supuestos excepcionalmente graves acepta la reparación del daño. Otra, en cambio, consiente la procedencia de los daños y perjuicios, algunos limitados al daño moral y otros a estos y a los patrimoniales.

En lo atinente al daño material, la vinculación entre el resarcimiento por incumplimiento del deber alimentario y por falta de reconocimiento de la filiación, deriva de que en ambos se ha violado el deber que del art. 265 CC: suministrar alimentos a los hijos de acuerdo con sus respectivos ingresos. La cuestión planteada en autos no tiene que ver con la procedencia o no del resarcimiento, sino que lo que está en discusión es quien sufrió el daño, si la madre o el hijo, y su cuantificación. La posibilidad de que la madre reclame a título propio lo que hubiese gastado en beneficio del hijo menor, no sólo violenta normas adjetivas (art. 644 Cód. Procesal), sino también el art. 371CC que sienta como principio la irrepetibilidad de los alimentos pagados. Esto es consecuencia, por un lado, de la finalidad que persigue el deber de alimentos, que consiste en cubrir las necesidades de la vida del alimentista, destinados al consumo inmediato, y por otro de la falta de actividad del que los suministró, desde que tiene habilitada la acción de contribución que regula el art. 650 del Cód. Procesal, que regiría aun cuando se tratase de alimentos pagados voluntariamente.

Aun cuando la filiación estuviese en disputa no media obstáculo en reclamar alimentos provisorio contra el padre alegado, dado el carácter impostergable de las necesidades que los alimentos atienden. En tales condiciones la madre estaría legitimada para reclamar los daños materiales padecidos como consecuencia de la falta de aporte paterno.

- Uno de los requisitos que debe exhibir el daño, para ser resarcible es ser cierto. El daño hipotético no es, en principio indemnizable. La certeza del daño se refiere a su existencia misma, aunque ella no sea presente sino futura. Daño actual es el daño, menoscabo o perjuicio ya operado y subsistente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia; Daño futuro, en cambio es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente existirá, luego de la sentencia. La relatividad de la certeza respecto del daño futuro nos conecta con el problema de resarcibilidad de la chance: ambos reposan en un juicio de probabilidad, ya que en el ámbito de los sucesos humanos, la libertad trae aparejada una nota de imprevisibilidad. Cuando el pronóstico del daño exhibe menor grado de posibilidad estamos en presencia de una chance.

- La falta de reconocimiento por parte del padre, habiendo tenido conocimiento de su paternidad, configura una conducta antijurídica. El derecho a la identidad del hijo tiene como necesaria contrapartida el deber de los progenitores de reconocer su descendencia. Quien no reconoce espontáneamente vulnera normas constitucionales, el art. 8° CDN otorga al niño el derecho a preservar su identidad, que comprende la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Mal puede, entonces, pregonarse el carácter facultativo del reconocimiento frente al derecho que tiene el hijo de exigir su adecuado emplazamiento. Los arts. 901 y ss CC establecen que el autor de un hecho ilícito responde por sus consecuencias inmediatas y mediatas.

En autos, el hijo transitó su niñez y el comienzo de su adolescencia con las restricciones propias de un hogar humilde, pese a que la posición económica de su padre le hubiese permitido un mejor nivel de vida, y con ello nos referimos a vivienda, educación, atención de la salud, vestimenta, esparcimiento y vacaciones. No cabe duda que el caso satisface el coeficiente de certidumbre que la chance requiere, pues si bien no puede afirmarse con seguridad que de haber mediado el reconocimiento espontáneo el hijo hubiese tenido un mejor desarrollo, si existe certidumbre en que el evento dañoso frustró la razonable probabilidad de alcanzarlo.

El grado de probabilidad parece resultar el criterio más adecuado para medir la indemnización en relación al provecho esperado en una materia donde el alea difícilmente se halle ausente. En función de ese parámetro en los reclamos por daños derivados de la falta de reconocimiento, la cuantificación del resarcimiento dependerá de los recursos de la madre, del padre renuente y de las ganancias, medidas en término de desarrollo, que el niño pudo haber tenido, o de las pérdidas que pudo haberse evitado.

Un padre que ha negado a su hijo privándolo de su identidad, de su emplazamiento familiar no halla suficiente sanción con el daño moral, si teniendo medios económicos lo ha privado de recursos que le hubiesen permitido, en un mundo competitivo, una mejor inserción social.

**Jurisprudencia de la SCBA sobre la acción de daños por omisión de reconocimiento de la filiación extramatrimonial.**

**1)** **"Geido, Gonzalo Román contra Alvarez Rubén Ricardo. Filiación y daños y perjuicios", del 17/03/92.** Es el 1° caso que llegó a la SCBA reclamando daño moral por omisión de reconocimiento voluntario. El padre demandado se allanó al contestar la demanda. A la fecha de inscripción del reconocimiento el menor tenía 4 meses. La Corte por unanimidad dijo que violaba el Art. 1066 y 1068 CC la sentencia que entendiera que:

* El no reconocimiento voluntario constituía una ilicitud, y
* Que se derivaba daño moral in re ipsa.

**2)** **"Piccinelli, Matías David contra Andrenacci, Enrique. Filiación e indemnización por daños y perjuicios" del 28/04/1998.** En este fallo se dividen las opiniones sobre el punto:

a) San Martín sigue sosteniendo la doctrina precedente: afirmar que la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de la filiación extramatrimonial es una ilicitud, está en pugna con el principio sentado por el art. 1066 CC e importa una afirmación dogmática. Adhieren Laborde, Pettigiani (El alterum non laedere y el ius suum cuique tribuerereciben una aplicación particularista, específica en el derecho de familia, y más puntualmente en las relaciones intrafamiliares precisamente por revestir esas características) y Pisano.

b) Negri (+ Salas), sostiene que la doctrina precedente sólo correspondía por las particulares circunstancias de hecho. Y que en el significado de la expresión "expresamente prohibido por las leyes" del art. 1066 del Código Civil, no debe ser interpretarla de manera aislada. El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de derecho como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo. La existencia del daño resulta de la naturaleza misma de la preterición que se repara.

c) Hitters, afirma que los argumentos no deben generalizarse y que deben tomarse en cuenta las circunstancias del caso. La negativa al reconocimiento es ilícita, de acuerdo a lo dispuesto por normas internas y tratados internacionales. No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad. Siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de los derechos de la personalidad señalados, la acreditación de la existencia de dicha transgresión (art. 375 del Cód. procesal), importa la prueba de la existencia del daño.

e) Ghione: El daño moral puede, en ciertos casos, resultar **in re ipsa** y, en otros, requerir su prueba. El art. 1068 CC no contempla lo referente a las formas de acreditarse el daño moral sino al concepto del mismo, a su esencia, a aquéllo en que consiste. En el caso de autos la negativa al reconocimiento es antijurídica y se presenta de modo que el daño moral debe entenderse **in re ipsa.**

- De Lázzari: adhiere a Negri y Hitters

**3) "Piccinelli, Matías David contra Andrenacci, Enrique. Filiación e indemnización por daños y perjuicios". 9/06/1998:** El art. 36 inc. 3º del Código de rito faculta la corrección de errores materiales como el de autos, desde que se trata de una cuestión meramente instrumental y accesoria sin que la enmienda altere lo sustancial de la decisión. En consecuencia corresponde corregir la parte final del dispositivo mencionado, declarando perdido el depósito de fs. 39 al recurrente (arts. 36 inc. 3º y 294, Cód. cit.).

**4) “DMR contra SAF. Reclamación por estado de filiación” SCBA – 10/11/1998:**

a) Hitters (+ Salas y Ghione): La actora inició en forma conjunta la acción por reclamación de filiación extramatrimonial y la relativa al daño moral causado por la conducta del demandado. En lo que hace a la prescripción de la acción de daños y perjuicios, el principio general es que la prescripción no corre contra los derechos o las acciones que aún no han tenido nacimiento. La sentencia de filiación, si bien es declarativa del vínculo paterno-filial ya que existía sin ésta, es constitutiva en punto a su objeto al atribuir el título de la filiación. El art. 3956 CC hace correr la prescripción de las obligaciones personales "desde la fecha del título de la obligación" y habida cuenta de que la demanda de daños fue interpuesta conjuntamente y a las resultas de la de filiación, corresponde rechazar de la prescripción opuesta.

La indemnización del daño moral depende de la situación particular de cada pleito. La falta de reconocimiento del progenitor es un hecho jurídico ilícito que genera responsabilidad civil y, por ende, derecho a la indemnización a favor del hijo menor afectado. Ello así, en base a la legislación interna (art. 254 CC); y los tratados internacionales, ratificados por nuestro país. Los padres tienen una serie de obligaciones y deberes con sus hijos, y éstos gozan de un conjunto de derechos, entre ellos el de la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a conocer su identidad, etc.; cuyo incumplimiento genera responsabilidad. En consecuencia, admitida la existencia de ilicitud en la conducta del demandado, los daños causados merecen reparación Se trata en definitiva de la responsabilidad de quien se sustrajo de un deber jurídico de reconocer a su descendencia, y que luego al ser demandado judicialmente no contribuyó para nada en despejar las dudas que razonablemente podía albergar su hijo en lo referente a su filiación.

b) San Martín: La mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de la filiación extramatrimonial constituye una ilicitud está en pugna con el principio sentado por el art. 1066 del Código Civil e importa una afirmación dogmática. Es decir que la omisión paterna de reconocimiento no constituye por sí sola una ilicitud en nuestro ordenamiento jurídico.

c) Negri: Adhiere a Hitters. El art. 1066 CC debe ser interpretado dentro de la urdimbre general de disposiciones del CC que protegen a la familia: las que si bien atribuyen carácter unilateral al reconocimiento del hijo por el padre consagran simultáneamente el derecho de éste a reclamar su filiación y castigan a quienes no lo hicieren voluntariamente durante su menor edad. En un contexto así no resulta posible extremar el significado de la expresión "expresamente prohibido por las leyes" del art. 1066 del Código Civil, ni interpretarla de manera aislada. El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de derecho como el de no dañar a otro.

d) Pettigiani:El alterum non laederedebe compatibilizarse con tales principios de derecho constitucional familiar. La falta de reconocimiento del hijo por su padre biológico constituye un hecho ilícito, a la luz del plexo normativo que conforman el derecho constitucional e infraconstitucional. Mas ello no importa la procedencia automática de una acción de indemnización por daños y perjuicios con causa en aquel ilícito, atento que no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable respecto de su hijo, que el derecho debe alentar y de ningún modo clausurar como posibilidad, teniendo en cuenta tanto el interés familiar como el del propio menor. Deberá revocarse el fallo recurrido sólo en cuanto recepta la indemnización por daño moral.

e) Lázzari:Adhiero al voto del doctor Hitters. La falta de reconocimiento de parte del padre habiendo tenido conocimiento de su paternidad constituye una conducta antijurídica. El derecho a la identidad del hijo tiene como contrapartida el deber de los progenitores de reconocer su descendencia. El padre, al haber omitido tal reconocimiento, incurrió en un no obrar voluntario producido con discernimiento, intención y libertad. Para concluir en la ilicitud no es necesario que la prohibición del acto seaexpresa. Toda violación del derecho objetivo convierte el acto en antijurídico y esa transgresión resulta del cotejo entre el acto y el contenido de la norma, con prescindencia de que la prohibición conste en el texto de la ley en forma expresa.

Las características del derecho de familia no pueden negarse o desconocerse. Trascienden en distintos aspectos, como la influencia de conceptos morales y religiosos; el papel restringido de la voluntad privada,; etc. Pero estas diversidades ninguna incidencia poseen para signar en modo distinto el tema de la responsabilidad civil. Al menos en la ley nada se dice al respecto.

**Sentencia:** Mayoría: rechaza el recurso extraordinario interpuesto (se hace lugar al reclamo por daño moral).

**UNIDAD 19: EJERCICIO DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS:**

**Relaciones entre la acción civil y la acción penal:** Cuando un hecho delictivo castigado con una pena causa a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, da lugar a responsabilidad civil. Es decir que en esos casos un delito provoca la coexistencia de dos acciones: la penal y la civil. El damnificado puede exigir su pretensión resarcitoria tanto en sede civil, como resolver ambas cuestiones en el fuero penal:

* *Art. 1.096 CC. La indemnización del daño causado por delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal*.
* *Art. 29 CP.- La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1º. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2º. la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un 3°, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3º. El pago de las costas*.

Un sector de la doctrina considera que el Art. 29 ha derogado al 1096. Otros, mayoritarios, consideran que rige una opción para el titular del acción civil, afirmando que el Art. 1096 simplemente establece la distinta naturaleza de la acción civil y la penal. La posibilidad de que el damnificado ejerza su reclamo en sede penal quedará subordinada a que las leyes locales de procedimiento penal así lo admitan (lo cual lo hacen la mayoría de los ordenamientos adjetivos locales).

Ejercicio de la acción civil en el proceso penal:

- *Posible oficiosidad:* Un sector de la doctrina considera que el juez penal puede establecer de oficio la indemnización del daño causado. Otro lo niega, considerando que, de hacerlo, estaría violando el debido proceso penal, consagrado en el Art. 18 CN. Y 8.1 CADH. Este derecho implica la posibilidad de contradecir una imputación en cualquier proceso en el que se formule (no únicamente en el ámbito penal). Si la reparación es fijada oficiosamente, sin haber sido objeto de un juicio donde la única acción articulada era la penal, se quebraría el principio de congruencia, con desmedro de la defensa en juicio.

- *Contenido de la reparación:* Tanto la ley civil como la penal disponen la reparación in natura, pero esta última no consagra expresamente la posibilidad de optar por el dinero. Sin embargo, la doctrina considera que el inc. 1 del Art. 29 permite a la víctima optar por una reparación económica equivalente cuando no sea posible devolver las cosas al estado en el que se encontraban y el inc. 2 cuando pese a ser factible, el damnificado opta por el resarcimiento pecuniario.

- *Reparación y resultado del proceso penal:* No habría ninguna dificultad en que el juez penal resuelva sobre la acción civil aún cuando la sentencia penal fuese absolutoria, siempre que el respectivo Cód. Procesal le otorgue competencia para ello.

- *Cuestiones de legitimación:*

 - Acción dirigida contra el imputado por el hecho delictivo generador del daño: Se encuentran legitimados la víticma y los 3° indirectamente damnificados. Respecto a estos últimos, se considera que el Art. 29 CP tiene una redacción amplia, quedando ellos abarcados por el empleo del término “familia”, el cual debe ser interpretado en un sentido amplio y no limitado a los parientes.

 - Acción dirigida contra el 3° civilmente responsable: La acción civil podrá deducirse contra aquellos que, aun cuando no participaron del delito, en virtud de leyes civiles deben responder por el daño que habría causado el imputado al cometerlo. Siempre además existe la posibilidad de citar en garantía al asegurador, en virtud de lo dispuesto por la LNS Art. 118, debiendo regularse su actuación por las normas referidas al 3° civilmente demandado.

- *Reparación en sede penal y cosa juzgada:* Fijada la indemnización en el proceso penal, la decisión hará cosa juzgada y el demandante no podrá reclamar otra indemnización en el fuero civil por la misma causa.

 Ejercicio de la acción civil independiente de la penal:

*a) Prioridad del juicio penal:* En caso de que el damnificado ejerza la acción resarcitoria en sede civil, la sentencia condenatoria o absolutoria penal restringe la discusión en el proceso civil y vincula a ella la decisión del tribunal civil, al tornar incontestable la existencia o inexistencia del hecho y la culpabilidad en él del acusado: *Art. 1.101. Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes: 1° Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2° En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada.* En realidad, se considera que en vez de “condenación”, el Art. debería decir “sentencia”. El Art. se aplica cuando hay pendencia coexistente de ambas acciones; si la sentencia civil hubiera adquirido autoridad de cosa juzgada antes de que la acción penal fuere promovida, el pronunciamiento civil conservará todos sus efectos aunque no coincida con la sentencia penal ulterior.

Estas reglas de prejudicialidad lo que buscan es evitar el escándalo que generaría el dictado de dos sentencias contradictorias.

Para que el Art. 1101 se torne operativo es necesario que la acción civil se ejerza existiendo un proceso penal pendiente y que ambos procesos se inicien por un mismo hecho. Se entiende que la acción penal está pendiente cuando está válidamente promovida, y no se encuentra extinguida o agotada. Son causales extintivas de la acción penal la muerte del imputado, amnistía, prescripción, suspensión del juicio a prueba y la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada. Se agota en cambio cuando se dicta una sentencia o el sobreseimiento definitivo por motivos sustanciales (si el sobreseimiento se dicta en función de la extinción de la acción penal, o por darse una causa de inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria, tal decisión no hace cosa juzgada para el juez civil; si el fundamento es la inexistencia del hecho, su atipicidad, que el imputado no fue su autor, o existe una causal de justificación, el pronunciamiento es equiparable a una sentencia absolutoria en cuanto a sus efectos respecto del juez civil).

Verificadas ambas condiciones, se paralizará el dictado de la sentencia civil hasta tanto se produzca el pronunciamiento penal, sin que se vea impedido el inicio o prosecución del trámite en el proceso civil. Si el juez civil dictase sentencia, la misma será nula de nulidad absoluta.

Excepciones al principio general enunciadas en el Art. 1101 CC: 1*° Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2° En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada*. El inc. 1 más que una excepción, prevé un caso de falta de los requisitos para su aplicación, esto es la pendencia de la acción penal. Para que el inc. 2 sea operativo es necesario que en el proceso penal haya sido dictada la declaración de rebeldía.

En los casos de suspensión de juicio a prueba, si la víctima no aceptase el ofrecimiento reparatorio que realizara el impuado, se declara habilitada para el imputado la vía civil correspondiente e inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad: *Art. 76 bis 3° Pár.: Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Art. 76 quater.- La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.* Se entiende que en estos casos el beneficio otorgado al imputado no puede perjudicar a la víctima, congelando su pretensión resarcitoria. La aplicación de estas normas supone que, concedido el beneficio, en sede civil podrá existir pronunciamiento sin necesidad de esperar fallo en sede penal. Si luego de concedido el beneficio y dictada la sentencia en sede civil se revoca la probation, obteniendo el imputado sentencia absolutoria, se mantiene la regla mencionada, ya que dispone expresamente el Art. 76 ter que, frustrada la probation y declarado absuelto, el imputado no podrá pretender el reintegro delas reparaciones cumplidas.

*b) Efectos de la sentencia penal condenatoria:* *Art. 1.102. Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado*. Significa que no se podrá discutir ni desconocer la existencia del hecho principal constitutivo del delito, ni la culpa del condenado. Por hecho principal se debe comprender todo lo que comprende la imputación desde el punto de vista objetivo: la materialidad del hecho, la condición de autor del mismo, y el carácter delictuoso del hecho. La idea de culpa es abarcativa de todo lo vinculado a la imputabilidad y culpabilidad criminal del autor.

*c) Pronunciamiento absolutorio/sobreseimiento sustancial definitivo:* *Art. 1.103. Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución*. Es decir que el pronunciamiento penal hará cosa juzgada en lo civil cuando declare: que el hecho no existió, que el imputado no fue su autor, que el hecho imputado no encuadra en una figura penal o que el hecho no es antijurídico, porque existe una causa de justificación. No comprende el Art. la culpabilidad, de modo que la sentencia penal no hará cosa juzgada en lo relativo a la imputabilidad o dolo o culpa del imputado. Cuando el proceso ha terminado por abstención de acusación fiscal, el Art. 1103 no resulta aplicable, por lo que el juez civil podrá realizar todo tipo de consideraciones.

Efectos del proceso penal sobre la prescripción de la acción civil resarcitoria: *Art. 3.982 bis CC. Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querella criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querella*.

- “Querella criminal”: En los delitos de acción privada, toda persona tendrá derecho a presentar querella ante el tribunal que corresponda. En los de acción pública, o dependientes de instancia privada, si la legislación procesal respectiva admite la constitución en parte querellante conjunta o adhesiva, para que opere la causal de suspensión es necesario que el damnificado se constituya en el proceso penal como querellante. Se considera que la sola denuncia no interrumpe el curso de la prescripción.

- La suspensión opera desde que el legitimado se constituye en parte querellante o particular damnificado, y cesa cuando el proceso penal finaliza o cuando se desiste de la querella.

El exceso en las causas de justificación y su influencia sobre la sentencia civil: Si el juez penal absuelve al imputado por existir una causa de justificación, el juez civil no podrá contradecir esa cuestión. Si, en cambio, en sede penal se establece que el imputado obró con exceso en una causa de justificación:

* Si se considera que el exceso, al importar una disminución de la antijuridicidad, integra el concepto de “hecho principal”, que no puede ser revisado en consecuencia por el juez civil.
* Se considera al exceso como un error vencible de prohibición, que actúa disminuyendo la culpabilidad, en caso de que en sede penal se disponga una absolución, la misma no obstaculizará al juez civil en el dictado de su sentencia.

**"González, Gaspar R. contra Vexina, José L. Daños y perjuicios" SCBA. Legítima defensa- efectos de su declaracion en el proceso penal, en sede civil:** La sentencia penal absolvió al imputado por haber obrado en legítima defensa. Si para la jurisdicción criminal hubo legítima defensa por parte del acusado, ese hecho no podrá ser desconocido ante la jurisdicción civil. La absolución fundada en legítima defensa equivale a negar la falta de intención criminal y ello hace cosa juzgada en lo civil. Tiene dicho esta Corte que la autoridad de la cosa juzgada responde a una consideración esencial de orden público. Al no haber hecho ilícito que pueda reprochárseles a los demandados (arts. 1066, 1067, 1068 y concs. CC), corresponde hacer lugar al recurso, y manteniéndose el dictado en la instancia de origen.

**SCBA “*Laup*, *Raúl J. c/ Juárez Hugo H. Daños y perjuicios*” (17/11/1998):** En sede penal se dictó sentencia, la que absolvió al imputado del delito de lesiones culposas, fundada en la circunstancia de haber sido "... insuficiente la prueba para la comprobación de la materialidad del hecho...". En las actuaciones civiles, la sentencia de 1° instancia había rechazado la demanda por daños y perjuicios con fundamento en lo resuelto por la sentencia penal respecto a la inexistencia del hecho principal, haciendo una correcta aplicación del art. 1103 CC. La Cámara a quo declaró de oficio su nulidad, al entender que se habían dejado de ponderar pruebas esenciales contenidas en autos ordenando el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Vueltos los autos a la instancia de origen, se resuelve, en la sentencia rechazar la demanda respecto de Juárez, hacer lugar a la demanda respecto de la codemandada "Expreso General Sarmiento -Línea 176-" y hacer extensiva la condena a la aseguradora citada en garantía "Seguros Bernardino Rivadavia Soc. Coop. Ltda.". Recurrido el fallo por la demandada, la Cámara a quo rechazó el recurso de apelación interpuesto y mantuvo la sentencia de 1° instancia que:

1. Había rechazado la demanda fundada en que, al haber resuelto la sentencia penal "la inexistencia del hecho principal", le estaba vedado considerar - art. 1103 CC- acerca del reconocimiento del hecho;
2. Había hecho lugar a la demanda contra la empresa de transporte "Expreso General Sarmiento", toda vez que la codemandada había reconocido el hecho dañoso en su contestación a la demanda, y su responsabilidad tenía su fuente en el art. 184 Cód. Com.;
3. Había hecho extensiva la condena a "Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.".

En sede penal no se tuvo por acreditada la existencia del "hecho principal" a que alude el art. 1103 CC; no puede arribarse a una conclusión distinta en sede civil porque, en virtud del principio lógico de identidad, un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. Tal existencia depende de que el sentenciante haya logrado formar certidumbre acerca de ella. Sin esa certidumbre el hecho no tiene existencia jurídica, resultado para el que no tiene importancia que sea fruto o de la carencia de prueba, o de su insuficiencia o del estado de duda que su valoración haya suscitado en el juzgador.

Por lo tanto, corresponde casar la sentencia impugnada y rechazar la demanda instaurada.

**RECURSO DE HECHO “Laup, Raúl Juan c/ Juárez, Hugo Horacio y otro”. CSJN**: El tribunal basó su decisión en que el conductor había sido absuelto en el fuero penal por no haberse acreditado la materialidad del hecho, y en los alcances de cosa juzgada que cabía atribuir a lo allí resuelto según el art. 1103 CC, que había sido invocada no sólo respecto de aquél sino también de la restante codemandada. Pero el tribunal no atendió el distinto fundamento de la acción entablada contra los diferentes emplazados, toda vez que con referencia al chofer se encontraba en juego su responsabilidad penal excluida con la absolución dictada en ese fuero, mientras que el reclamo a la empresa transportista -y su aseguradora- se apoyaba en el contrato respectivo y en el reconocimiento de la ocurrencia del hecho lesivo para el actor. Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la decisión apelada.

**SCBA “*Laup, Raúl J. c/ Juárez, Hugo H.. Daños y perjuicios”* (01/12/04):** La SCBA casó el fallo de la Cámara de Apelación y en consecuencia rechazó la demanda. Se interpuso, por el actor, recurso extraordinario federal, que fue denegado por este Tribunal. La CSJN hizo lugar a la queja y ordenó el dictado en un nuevo fallo de acuerdo a lo allí señalado. La CSJN exige un nuevo pronunciamiento contra la empresa transportista y su aseguradora en los campos de la responsabilidad civil.

La omisión de la referencia de la culpa en el art. 1103 CC y que sí ha sido incluida en el art. 1102 no ha sido una exclusión involuntaria ni puede entenderse como el fruto de una redacción defectuosa, pues responde al pensamiento efectivo del legislador. En tal entendimiento, sólo cuando la absolución del acusado se funda: (i) en la inexistencia del hecho principal que se le atribuye, o (ii), en la ausencia de autoría, ese pronunciamiento no puede ser revisado en la instancia civil. Ahora bien, la noción de "existencia del hecho principal" a que alude el art. 1103 del Código Civil se limita a las circunstancias fácticas atinentes a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa. En definitiva, lo que limita al juez civil es el hecho principal como dato fáctico.

En 1° instancia se sostuvo que siendo que la responsabilidad de la codemandada Expreso General Sarmiento reconoce su fuente directamente en lo normado por el art. 184 Cód.Com., como así también en su carácter de propietaria de una cosa riesgosa, la responsabilidad se ubica en esquemas que nada tiene que ver con los Arts. 1101, 1102 y 1103 CC. En consecuencia, frente al reconocimiento de la codemandada sobre el acaecimiento del hecho, se tuvo por acreditado el supuesto fáctico que torna aplicable el art. 184 Cód. Com.

Los aquí quejosos no controvirtieron en su recurso de apelación tal criterio interpretativo, llegando firme ese extremo a esta instancia extraordinaria. Por vía del recurso de inaplicabilidad de ley, la Corte no puede conocer de cuestiones que no fueran sometidas a consideración de la 2° instancia.

En consecuencia, el presente recurso extraordinario debe ser rechazado.

**"Suárez, Gustavo Alejandro contra Felice, Julio Eduardo. Daños y perjuicios", SCBA**: La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín confirmó la sentencia del juez de grado y rechazó la acción de daños y perjuicios intentada por la accionante fundándose en que, al haber efectuado la sede penal la descripción de las situaciones fácticas en que se basó la absolución del imputado, dicha conclusión no puede reverse en sede civil, arts. 1102 y 1103 CC. Quedando determinada en la jurisdicción criminal como causal excluyente del accidente la actitud de la propia víctima, "*debe tenerse por acreditada la situación prevista en la 2° parte 2° párrafo art. 1113 CC, esto es, que la conducta de la víctima ha interrumpido totalmente el nexo causal entre el hecho y el daño, excluyendo la responsabilidad que de manera objetiva endilga dicha norma al dueño o guardián de la cosa que presenta riesgo o vicio*".

El art. 1103 CC no hace ninguna referencia sobre la culpa del imputado; sólo cuando la absolución del acusado se funda: (I) en la inexistencia del hecho principal que se le atribuye, o (II), en la ausencia de autoría, ese pronunciamiento no puede ser revisado en la instancia civil. La "existencia del hecho principal" a que alude el art. 1103 CC se limita a las circunstancias fácticas atinentes a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa. En definitiva, **lo que limita al juez civil es el hecho principal como dato fáctico o suceso histórico, circunscripto a sus características de tiempo, modo y lugar**.

En el **sub lite** el magistrado penal, tiene por probadas, entre otras, **circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente**. Dichas circunstancias fueron receptadas en el pronunciamiento en crisis en un todo de acuerdo con el imperativo del art. 1103 CC, para luego ser valoradas como elementos exculpatorios de responsabilidad en sede civil. Así, el tribunal **a quo** ha actuado sin desconocer hechos que fueron admitidos, directa o indirectamente por el juez penal como realmente sucedidos, mas luego los ha calificado desde una perspectiva diferente: las normas del derecho privado.

En razón de lo expuesto, soy de la opinión que el recurso extraordinario impetrado debe ser rechazado.

**"Quiñelen, César Eduardo c/ Pascau, Juan Carlos y Otros s/ Daños y Perjuicios" 12/05/05 Voces : Daños y Perjuicios - Sentencia penal - Incidencia en sede civil:** El art. 1103 CC estatuye que después de la absolución del acusado no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución. Sin embargo se sostiene que nada se opone a que absuelto el acusado por falta de culpa en sede penal, pueda sin embargo ser hallado responsable por la justicia civil, puesto que no se trataría entonces de la existencia o no del hecho ilícito en sí sino de la imputabilidad del demandado en cuanto a su producción. Pero si la expresión "hecho principal" se interpreta como el hecho sustancial que se atribuye al demandado, comprendiendo las circunstancias que se estiman esenciales para resolver la cuestión, la situación varía, pues el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que dio por verificados el magistrado penal. Esta es la doctrina de nuestra SCBA.

El resolutorio del Juez de Garantías al decidir que el hecho fue originado por la exclusiva responsabilidad de la víctima, ha terminado por fijar los hechos litigiosos en la instancia civil, vedándole al Tribunal la posibilidad de hacer una diferente evaluación de la verdadera causa del siniestro (art. 1103 CC) tanto en lo que respecta a la intervención del imputado, como en lo que hace al riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad, y si bien el fallo por todo fundamento no contiene más que una suma de transcripciones de las piezas probatorias de la causa acerca del modo en que se produjo el accidente, termina estableciendo la existencia de una causa ajena que se constituye en la única del perjuicio lo que proyecta sus efectos tanto en la responsabilidad por culpa atribuída al conductor del camión, como en el ámbito de la responsabilidad por riesgo que le podría haber correspondido a sus propietarios empleadores de aquél.

**"Radicich, Marcos Nicasio y otra contra Melo, Oscar Jorge y otros. Daños y perjuicios". SCBA:** La Cámara de Apelación confirmó el pronunciamiento de 1° instancia que hizo lugar a las demandas contra Oscar Jorge Melo, Transportes Latapié S.A. y la citada en garantía Cenit Seguros S.A. Contra este pronunciamiento, el apoderado de los demandados Transportes Latapié S.A. y Oscar J. Melo, interpone recurso extraordinario. Cuestionan los recurrentes la exclusiva responsabilidad imputada al conductor del camión, señor Oscar Melo, considerando que se ha ignorado el grado relevante de participación de la víctima en la producción del resultado, pues de haber este último actuado como correspondía en el caso, hubiera salvado su vida y la de todos los ocupantes del auto.

El tribunal de instancia, consideró que *"la existencia de una sentencia penal condenatoria tiene relevancia en el juicio civil en el que debe establecerse la responsabilidad de los sujetos, ya que en este último proceso no puede cuestionarse la existencia del hecho principal ni la culpa del condenado (Art. 1102 CC)"*. Así, en el caso, mediando una condena penal contra el señor Oscar Jorge Melo por el delito de cuádruple homicidio culposo y lesiones culposas en concurso ideal, el tribunal entendió que *"su responsabilidad civil resulta[ba] irrevisable".* El juez civil se encuentra limitado por el "hecho principal" como dato, circunscripto a sus características de tiempo, forma y modo (doc. arts. 1102 y 1103 CC).

**"Senín, Teresa contra Funes, Antonio y otros. Daños y perjuicios". SCBA:** La absolución que beneficiara al conductor del vehículo se ha articulado sobre la base del estado de duda que su comportamiento generara en el espíritu del juzgador, quien se vio obligado a resolver de la manera más favorable al acusado.

Como ha dicho reiteradamente esta SCBA, solamente si la absolución o el sobreseimiento criminal se hallan basados en la inexistencia del hecho o en la falta de autoría del acusado, tal circunstancia puede ser invocada en sede civil para evitar una condena que podría resultar escandalosa. Por su parte, la CSJN ha tenido oportunidad de sostener que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1113 CC a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa. La CSJN ha considerado que no corresponde asignar alcances de cosa juzgada a la sentencia penal absolutoria, cuando se sustenta en el beneficio de la duda: la decisión absolutoria en materia criminal basada en el estado de incertidumbre del magistrado, no atrapa al judicante civil: 1) no sólo cuando dicha vacilación del juzgador opera sobre la culpabilidad del imputado; 2) sino también cuando incide en la autoría o el nexo causal.

**SUMARIOS FALLOS CSJN SOBRE ALCANCE ART 1103 CC:**

**1) Sentencia con beneficio de la duda 20/03/03**: **"Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Mendizabal de Etchart Edita c/ Kenny, Aldo Federico":** En sede penal se había establecido que las pruebas eran insuficientes para tener por demostrada la responsabilidad del procesado con la certeza necesaria que requería toda sanción, motivo por el cual el a quo debió examinar críticamente la validez del argumento utilizado por la alzada atinente a que el fundamento de la absolución había sido la falta de autoría.

**2) "Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de la Ciudad de La Banda en la causa Ledesma viuda de Hoyos, Analía c/ Giménez, Francisco Rosario y otros"**, 16/10/01: El juez penal afirmó que había quedado acreditado en la causa que el camión ya había pasado la mitad de la bocacalle cuando fue embestido violentamente por el conductor de la motocicleta en la parte de atrás del remolque, lo que le habría provocado la rotura del sistema de frenos, y que el ciclomotor circulaba a velocidad excesiva. Esas afirmaciones fueron alteradas por el a quo, lo cual constituye un apartamiento inequívoco de lo dispuesto en el art. 1103 CC, toda vez que la prohibición contenida en esta norma alcanza a las circunstancias fácticas atinentes a la materialidad del hecho que fueron estimadas esenciales para determinar la absolución del imputado. Ello no impide que el tribunal de sede civil, sin avanzar sobre la resolución absolutoria del juez penal que declaró la ausencia de responsabilidad del imputado por culpa de la víctima, pueda examinar, con base en la materialidad de los hechos y autoría acreditados en la causa penal, la concurrencia de culpas entre que revelan un menoscabo a las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio, al no constituir la decisión apelada una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias del caso, corresponde invalidar lo resuelto en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 315:727).

**2) Interpretación amplia “Viñales, Gabriel Eduardo y otros c/ Merlos Sánchez, Héctor y otros”. 30/04/03:** El sentenciador resulta incongruente, cuando, por un lado, fundamenta su fallo en que en la causa penal el actor fue condenado y que ello no permitía discutir la existencia del hecho principal, ni impugnar la culpa allí reconocida, y, por otro, reconoce que ello no impide alegar ni demostrar la responsabilidad de la víctima o de un tercero a fin de mitigar el reclamo resarcitorio. Corresponde descalificar la sentencia, toda vez que se apartó del art. 1103 CC al otorgarle al pronunciamiento dictado en sede penal autoridad de cosa juzgada con incidencia determinante en la pretensión resarcitoria civil, asignándole de tal manera un alcance que va más allá de su contenido. Por ello, el *a quo* ha efectuado una exégesis irrazonable de la sentencia dictada en sede penal, al tomarla como único elemento de ponderación de la cuestión fáctica sustancial de la causa, omite el cumplimiento de la necesaria ponderación y fundamentos que debe contener una sentencia judicial.

**3) Sobreseimiento**

- **Parada, Aidée c/ Norambuena, Luis Elías s/ daños y perjuicios. 21/04/1992:** Es descalificable la sentencia que, con sustento en la equidad, en citas doctrinales incompletas y en una interpretación fragmentaria de la nota al Art. 1103 CC, atribuye al sobreseimiento definitivo dictado en sede penal autoridad de cosa juzgada en la pretensión resarcitoria civil.

- **Gómez, Javier Horacio c/ Quiróz, Alfredo y Estado Nacional (Poli- cía Federal) s/ juicio de conocimiento. 30/06/1998:** Al sobreseimiento provisional dictado en sede penal no se le puede atribuir autoridad de cosa juzgada en la pretensión resarcitoria civil (art. 1103 del Código Civil).

**- .“Scheffer, Ana Teresa c/ Nación Argentina y otro s/ daños y perjuicios”. 24/08/00:** Que la doctrina antes enunciada, nacida de casos en los que hubo absolución del agente, es perfectamente trasladable al supuesto en que media sobreseimiento definitivo basado en la misma causa justificante de legítima defensa. Que ello debe ser así, porque la influencia sobre la sentencia civil de lo decidido en sede penal no depende de la forma de la resolución que se hubiera adoptado, sino de su contenido o sustancia.

**- “Spacarstel, Néstor A. c/ El Día S.A.I.C.F. s/daño moral” 29/09/00:** No puede atribuirse a un sobreseimiento provisional, dictado en sede penal, autoridad de cosa juzgada en la pretensión resarcitoria civil. Ello es así habida cuenta de que el juez civil tiene amplia libertad para resolver todo lo relativo a la responsabilidad civil del sobreseído penalmente. **Aún el sobreseimiento definitivo dictado en sede penal sólo permite descartar la imputación de que el acusado haya procedido con culpa capaz de fundar su condenación criminal, pero no excluye que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, pueda indagarse si medió de su parte una falta que lo responsabilice.**

**UNIDAD 20: LA DISTRIBUCIÓN DE LOS DAÑOS: SISTEMAS DE COMPENSACIÓN ADMINISTRATIVA Y VINCULADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL:**

**Reparaciones a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos - Geoffroy Lassalle, Alejandro**: La CADH, obliga a la Corte IDH, cuando decida que ha sido violado un D o libertad protegido por aquella, a disponer que se garantice al lesionado el goce del mismo y a que, si resultare procedente, se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, así como al pago de una justa indemnización. Existen también otros tratados, convenciones, y disposiciones vigentes del sistema regional e internacional de DDHH que contemplan la categoría de reparación. Algunos ejemplos son:

1. PIDCyP Art. 9: reconoce la reparación a las personas que hayan sido ilegalmente detenidas;
2. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes - Art. 14: todo Edo parte velará para que su legislación garantice a las víctimas de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación más completa posible;
3. Corte IDH “Velásquez Rodríguez”: los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los D reconocidos por la CADH, así como procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y disponer la reparación de los daños producidos por la violación de los DDHH;
4. La Comisión de DDHH de UN, Res. 1990/35 del 2/03/90, , que reconocían que todas las víctimas de violaciones flagrantes de los DDHH y las libertades fundamentales, tenían derecho a reparación y a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación más completa posible por todos los daños que ellas hubiesen padecido, ya sea individual o colectivamente;
5. En el "Estudio Preliminar sobre el Derecho de las Víctimas a la Reparación y Compensación", el relator especial de las NU Theo van Boven considera que un Estado viola el derecho internacional si practica, alienta o tolera el genocidio, la esclavitud, la trata de esclavos, el asesinato, la detención arbitraria o prolongada, la discriminación racial sistemática o un régimen de violaciones flagrantes de los DDHH reconocidos internacionalmente, así como también viola el derecho internacional si es causa de la desaparición de personas, la tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;
6. Principios y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves a los DDHH y al Derecho Humanitario a Obtener Reparación: del 24/05/96, se señala que la obligación de respetar y hacer respetar los DDHH incluye el deber de prevenir las violaciones, investigarlas, tomar medidas apropiadas contra los violadores y proporcionar recursos judiciales y reparación a las víctimas.

El concepto de reparación está vinculado con la responsabilidad de los Estados que se constituyen como actores de gravísimas violaciones a los DDHH.

En 1983, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH) presentó su Proyecto de Ley Resarcitoria de las Privaciones de Libertad sin Orden Judicial de Juez Natural de la CN. Según el proyecto, la reparación debía alcanzar a todas las personas privadas de su libertad individual en dichas condiciones entre el 6/11/74 y el 29/10/83, cuando estuvo vigente el estado de sitio. El fundamento radicaba en el hecho de que la facultad de arresto que confiere el Art. 23 CN al PEN había sido ejercitada fuera de los límites establecidos en la CN. El proyecto proponía una reparación inmediata, por resolución, y en cuanto al daño moral y al perjuicio material que excedieran las pautas mínimas establecidas, los afectados dispondrían de una acción indemnizatoria del CC, que traería aparejada la responsabilidad solidaria del Estado y de los funcionarios responsables. La acción emergente sería imprescriptible, por tratarse de una nulidad de orden público, y podría ser ejercitada tanto por el titular de la misma como por sus derecho-habientes.Dicho proyecto no se pudo transformar en ley. A pesar de ello, fue importante en varios sentidos:

1. se propuso en un momento en que los organismos de DDHH no hacían hincapié en el resarcimiento;
2. abarcaba todas las detenciones ilegales perpetradas a partir de la declaración del estado de sitio que impusiera el gobierno constitucional. Esa fecha no volvería a ser tomada como punto de referencia en las normas que se dictaron posteriormente, a excepción del Dec. reglamentario de la ley 24.043 (que reconocería un beneficio indemnizatorio a ex-detenidos);
3. no imponía a los afectados la renuncia al derecho de iniciar otros reclamos judiciales;
4. un punto particularmente destacable era el establecimiento de la responsabilidad solidaria y personal de los autores del acto ilícito con el Estado; y,
5. es interesante advertir que el proyecto no excluía la responsabilidad de ninguna categoría de victimarios (ya fueran autores, consejeros o cómplices) e incluso sostenía la procedencia de esa obligación aunque no estuviera prevista como tal en el derecho penal. De ese modo, se reclamaba el resarcimiento a los responsables y no se depositaba el peso de dicha carga en el sistema democrático.

La no aprobación de ese proyecto motivó que algunos ex-detenidos iniciaran procesos ante la justicia federal por los daños y perjuicios padecidos. En 1984, el abogado Carlos Zamorano demanda como "gestor de negocios de los 9000 ex-presos", amparándose en el art. 3980 CC que dispone la suspensión de la prescripción en casos de emergencia, siempre que se interponga la acción dentro de los 3 meses de superada la misma. Solo se iniciaron 133 demandas en el fuero contencioso-administrativo. Zamorano no accionó exclusivamente contra el Estado Nacional, sino que embistió contra "Videla, Harguindeguy, Viola, Reston y otros". Los primeros 40 casos fueron declarados "prescriptos" y el resto de los juicios caducó.

El 9/03/84, 75 ex-presos políticos cordobeses impulsaron ante los Tribunales Federales demandas de reparación por los daños materiales y morales sufridos entre marzo de 1976 y octubre de 1983. Demandaban al Estado Nacional en su condición de continuador jurídico del régimen de facto, solicitándole que dispusiera la intervención de los responsables de sus padecimientos en el juicio. En enero de 1986, la Justicia Federal dictó 12 sentencias que acogieron favorablemente la pretensión reparatoria. Ese año, la Cámara Federal las revocó. La CSJN resolvió el recurso de queja convalidando el criterio de la Cámara Federal en los casos "Olivares" y "Di Cola. En esas causas, la prescripción se interpuso como obstáculo para acoger los planteos. Dentro de ese grupo de afectados algunos reclamarían ante la CIDH, amparándose en el art. 44 CADH.

El 16/02/89 se presentaron ante la CIDH15 casos, denunciando la violación de normas de la “Declaración Americana de los D del Hombre” y de la CADH. Concretamente, se se invocaba el derecho de acceso a la Justicia que había sido denegado por la CSJN. Las audiencias en jurisdicción americana forzaron el reconocimiento del D de los actores a una reparación por parte del Estado. Como consecuencia, el 10/01/91 el PEN dictó el decreto 70, que reconocía la existencia de causas judiciales por indemnización de daños y perjuicios en las que el instituto de la prescripción había impedido dar satisfacción a las pretensiones. Al mismo tiempo, refería que algunos de esos actores presentaron sus reclamos ante la CIDH. El gobierno advertía que de no adoptarse la medida el país podría ser sancionado internacionalmente, razón por la cual se encontraba acreditado el "estado de necesidad" que autorizaba al PEN a dictar normas legislativas.

El decreto reconocía como beneficiarios a todos los que hubieren estado detenidos a disposición del PEN por acto emanado de éste antes del 10/12/83 y que, habiendo iniciado juicio por indemnización de daños y perjuicios antes del 10/12/85, no hubieran obtenido satisfacción por haberse hecho lugar a la prescripción. El plazo de dos años equivalía a la prescripción establecida Art. 4037 CC (responsabilidad extracontractual), en un ámbito democrático. Se reconocía el beneficio a las personas cuyas demandas estuvieran tramitándose al momento de su entrada en vigencia, siempre que cumplieran los demás requisitos. De ese modo, las acciones judiciales que habían caducado no generaban ningún derecho a obtener reparación.

El beneficio equivalía a la treintava parte de la remuneración mensual asignada a la máxima categoría del escalafón para el personal civil de la Administración Pública Nacional por cada día que duró la medida. Para el cómputo del lapso, se tomaba en cuenta el acto del PEN que decretó la medida o el arresto efectivo no dispuesto por orden de autoridad judicial competente, si fuera anterior, y el acto que la dejó definitivamente sin efecto, con carácter particular o como consecuencia del cese del estado de sitio. Los arrestos domiciliarios o libertades vigiladas no se podían considerar como "cese" de la medida.

Además, el decreto reconocía un monto adicional por muerte y lesiones gravísimas durante la detención. En el 1° caso, podría ser percibido por los derecho-habientes de las personas que sufrieron la muerte. El monto se incrementaba en una suma equivalente a la prevista en la ley para 5 años de vigencia de la medida respectiva. En el 2°, se incrementaba en una suma equivalente a la anterior, reducida en un 30%.

La solicitud del beneficio se debía presentar en el Ministerio del Interior, autoridad de aplicación que debía comprobar en forma sumarísima el cumplimiento de los recaudos legales y determinar el lapso de vigencia de la detención respectiva. La resolución era apelable ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo CA Federal. La aceptación del beneficio importaba la renuncia al derecho de iniciar reclamos por daños y perjuicios en razón de la privación de la libertad, arresto, puesta a disposición del PEN, muerte o lesiones. La conformidad prestada suponía la exclusión de toda otra indemnización por el mismo concepto.

En ese momento comenzaron las demandas, pero como su tramitación demoraba excesivamente en el Ministerio del Interior, se plantearon recursos de amparo por mora en el otorgamiento de la indemnización.

Al disponer el decreto un modo específico de atención de ciertos créditos o derechos, resultaba subsumible en una de las excepciones que exceptuaba del mecanismo de consolidación a las obligaciones cuya atención "haya sido dispuesta en especial por otros medios establecidos en leyes o decretos de alcance general". En consecuencia, los beneficios se debían abonar en efectivo.

El 27/11/91, la ley 24.043 otorgó un beneficio a quienes hubieran sido puestos a disposición del PEN, durante la vigencia del estado de sitio, o que siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares. Esas personas, con o sin juicios iniciados por daños y perjuicios, se podían beneficiar con la ley, siempre que no hubiesen percibido otra indemnización. Para obtener dicho beneficio debía tratase de personas que hubieren estado a disposición del PEN antes del 10/12/83 o de civiles privados de su libertad por tribunales militares, haya habido o no sentencia condenatoria. El cómputo del plazo de la detención y el monto del beneficio reproducen el del decreto 70/91. Otro tanto acontece con la designación de la autoridad de aplicación y el tribunal de alzada. La ley incorporó a los civiles condenados por tribunales militares, concediéndoles un beneficio equivalente al de los ex-detenidos.

El decreto reglamentario de la ley estableció que la solicitud del beneficio (que se debía presentar en el Ministerio del Interior) tenía que contener una declaración jurada firmada por el beneficiario o sus derecho–habientes en la que se manifestase que había sido privado de su libertad por disposición del PEN, o tribunales militares entre el 6/11/74 y el 10/12/83 (“fecha de arranque”: declaración del estado de sitio).

Paralelamente fueron sucediéndose sentencias relativas a los casos de desaparición forzada de personas. Un ejemplo es el caso Hagelin. El 31/03/92, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo CA condenó al Estado Nacional a pagarle a Ragnar Hagelin $250.000 como indemnización por el daño moral ocasionado por el secuestro, detención clandestina y posterior desaparición de su hija Dagmar Hagelin. Dicho fallo revocó la sentencia de 1° instancia que había hecho lugar a la defensa de falta de legitimación esgrimida por el gobierno argentino, basado en que el Art. 1078 CC sólo habilita como legitimados para reclamar el daño moral a la víctima y a sus herederos forzosos. La Cámara consideró que, estando acreditada la privación de libertad sufrida por Dagmar Hagelin en enero de 1977 por personas armadas que la hirieron, la introdujeron en el baúl de un automóvil y partieron hacia un destino que jamás pudo ser precisado; y habiéndose comprobado que su detención fue obra de personal de la Marina, que la mantuvo ilegalmente en cautiverio en la Escuela de Mecánica de la Armada, el razonamiento utilizado para rechazar desembocaba en un círculo vicioso. La Cámara hizo hincapié en que fue el propio ofensor quien impidió que el damnificado directo se presentase a reclamar los daños sufridos. En consecuencia, consideró que el pedido de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento solicitado por el Estado Argentino era manifiestamente improcedente por tratarse de una acción facultativa y porque sería inconcebible que se beneficiara con la invocación de dicho requisito el órgano estatal que cercenó la libertad de la víctima y generó su desaparición.

Recién el 11/05/94 se sancionó la ley 24.321, que reconoce la “ausencia por desaparición forzada” para toda persona que hasta el 10/12/83 hubiera desaparecido involuntariamente de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero. La desaparición forzada de personas se da cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal, seguido de la desaparición de la víctima, o cuando ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada del derecho a la jurisdicción. Sus efectos son análogos a los de la ausencia con presunción de fallecimiento. Además, cuando hubiese sido declarada la ausencia con presunción de fallecimiento con sentencia firme, podrían ser reconvertidos en "ausencia por desaparición forzada". Por último, la ley habilitaba a solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada a todos aquellos que tuvieran un interés legítimo subordinado a la persona del ausente.

El 7/12/94 la ley 24.411que dispuso el otorgamiento de un beneficio extraordinario a los desaparecidos y a los muertos como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10/12/83. El sujeto de derecho es el desaparecido, y, por lo tanto, la norma aclara que dicho beneficio se recibirá "a través de sus causa-habientes", el que será equivalente a la remuneración mensual de los agentes de Nivel A del escalafón para el personal civil de la Administración Pública Nacional multiplicado por el coeficiente 100. La desaparición forzada se define del mismo modo que en la ley 24.321 y se acredita a través de la denuncia penal por privación ilegítima de la libertad y de la resolución del juez de que prima facie, la desaparición se debió a esa causa. Las denuncias realizadas ante la CONADEP o ante la Subsecretaría de DDHH del Ministerio del Interior también son consideradas medios aptos para la respectiva acreditación. Los efectos y beneficios de la ley se aplican también a las uniones matrimoniales de hecho que tuviesen por lo menos dos años de existencia previos a la desaparición o al fallecimiento, circunstancia que deberá ser probada fehacientemente. La ley introduce la posibilidad de que el beneficio previsto sea efectivizado de conformidad a la ley de consolidación de deuda pública.

En 1997 la ley 24.823, modifica la ley 24.411, aclarando que el beneficio tiene carácter de bien propio. También establece la presunción legal de que existió unión matrimonial de hecho cuando hubiere descendencia reconocida por el desaparecido o el fallecido o la filiación hubiera sido establecida judicialmente. A su vez, permite a los familiares que hayan cobrado una indemnización por resolución judicial en virtud del decreto 70/91, y especialmente por la causal de la ley 24.043 referida al fallecimiento de la persona afectada durante su detención, cobrar la diferencia existente. Dispone, además, que los hijos que fueron dados en adopción plena como consecuencia de la desaparición forzada de uno o ambos padres no serán excluidos del derecho al beneficio. Aclara que el carácter de causa-habiente se podrá acreditar a través del procedimiento de acción declarativa previsto en el CPCyCN. De ese modo, los familiares del desaparecido no están compelidos a tramitar la sucesión para probar su condición de herederos, es decir, no se encuentran forzados a aceptar como muerto al familiar desaparecido.

Por el artículo 1.1 CADH los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación. En consecuencia, cada Estado asumió una obligación de garantía que crea obligaciones positivas para el Estado. En Velásquez Rodríguez, la Corte IDH interpretó que el deber de garantía supone que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la CADH: "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los DDHH no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible su cumplimiento, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una garantía del libre y pleno ejercicio DDHH".

El Estado infractor debe demostrarle a las víctimas directas, a sus familiares, a la sociedad y a la comunidad internacional que desea prevenir futuras violaciones a los DDHH.

El Estado tiene que ofrecer un recurso eficaz para que la violación cese en el menor tiempo posible y debe facilitar los medios que posibiliten la reparación de los daños provocados. Además, debe impulsar la rehabilitación de las personas que han sido afectadas por violaciones a los DDHH asegurando asistencia médica y psicológica en función de su rehabilitación integral. También el Estado puede proveer los servicios jurídicos y sociales que hagan falta para el cumplimiento de ese fin. La emisión de una declaración oficial por parte del gobierno o el dictado de una sentencia judicial que reivindique la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas (y de sus allegados) es otro tipo de reparación posible.

La obligación de garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados supone distintas posibilidades de implementación. En el caso de las personas que estuvieron detenidas arbitrariamente, la recuperación de la libertad es el requisito indispensable que se debe satisfacer para que la violación. E sucede lo mismo con el derecho a la integridad de las personas: sus secuelas pueden perdurar para siempre.

En el caso de la desaparición forzada de personas, para el desaparecido la restitutio in integrum no es pasible. Sin embargo, es posible disponer que se investiguen con minuciosidad las vicisitudes padecidas por los desaparecidos para informar adecuadamente a sus familiares acerca de lo sucedido.

La “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, que entró en vigor el 29/03/96 y que en Argentina goza de rango constitucional, define que ese delito tendrá carácter permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. En el caso de los niños secuestrados y de los nacidos en cautiverio que crecieron en manos de otras familias, la recuperación de su identidad personal y familiar es el único medio eficaz para lograr el restablecimiento de sus derechos conculcados.

La identificación, el procesamiento y el castigo de los responsables de las violaciones es indispensable para la concreción de la justicia. En los "Principios y Directrices sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves a los DDHH y al Derecho Humanitario a Obtener Reparación", el jurista Theo van Boven manifiesta que la verificación de los hechos, una sentencia declarativa en favor de las víctimas y una solicitud de perdón constituyen formas adecuadas de reparación, que deben estar acompañadas del reconocimiento público de los hechos y de la asunción de las responsabilidades correspondientes por parte del Estado.

**Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411**: La Cámara Nacional de Apelaciones en lo CA, desestimó el recurso interpuesto (art. 6º ley 24.411) contra la resolución del Ministro de Justicia que le denegó —respecto de su nieta— el beneficio previsto en esa ley para toda persona fallecida como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas entre el 6/11/74 y el 10/12/83. A la actora, se le otorgó por el fallecimiento de su hija el beneficio de la ley 24.411. La autoridad administrativa reconoció un feto asociado a la zona pelviana del cadáver, pero desestimó la petición impetrada a su respecto, ante la comprobación de que no llegó a vivir separado del seno materno y, por ende, consideró al nonato como si no hubiera existido según el art. 74 CC.

No está discutido en autos la base fáctica sobre la cual la presentante sostiene su pretensión.

El art. 2° de la mencionada ley indica que tendrán derecho a percibir el beneficio los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10/12/83. A diferencia del Art. 1 (desaparición forzada), puede deducirse que en este caso **el beneficio no le es otorgado al fallecido, ni que éste lo percibe por medio de sus causahabientes.** Por el contrario, son estos últimos los beneficiarios pues ninguna acción o derecho puede nacer sino en cabeza de personas vivas.

En ese orden de ideas, carecería de asidero legal que el Estado fijara una reparación pecuniaria o indemnización a favor de una persona ya fallecida. **Sólo invocando algún perjuicio personal, sea material, sea moral, pueden los parientes del muerto, como 'víctimas', demandar la indemnización.**

En consecuencia, la actora tiene derecho a percibir el beneficio que estatuye el art. 2° de la ley, pues la señora Elvira Berta Sánchez resulta ser "causahabiente" de la beba fallecida que estaba a punto de nacer. Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "por nacer", vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión.

**Prescripción liberatoria. Prescripción de las acciones en particular. Daños y perjuicios emergentes de responsabilidad extracontractual. Curso. Desaparición forzada de padres biológicos. Padres adoptivos. Representación legal. Deducción de demanda interruptiva. Impedimentos temporales - *“Larrabeiti Yañez, Anatole Alejandro y otro v. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”* CSJN:** La Cámara Nacional de Apelaciones en lo CA Federal, admitió la demanda interpuesta por Claudia Victoria Larrabeiti Yañez y condenó al Estado Nacional a pagar indemnización de los daños y perjuicios derivados de la desaparición forzada de sus padres biológicos a manos de personal de las fuerzas de seguridad. Asimismo, declaró prescripta la acción deducida en la misma fecha por su hermano. Contra esta decisión interpusieron los recursos extraordinarios. La Cámara consideró que dadas las circunstancias del caso, no resultaba de aplicación el art. 3966 CC, según el cual la prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. No era exigible a los padres adoptivos el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual fundada en la desaparición forzada de los padres biológicos. En consecuencia, el plazo bienal previsto en el art. 4037 CC debía computarse desde que los menores habían llegado a la mayoría de edad y después de haber transcurrido el plazo de tres meses establecido en el art. 3980 CC.

Con el objeto de reparar la injusticia que significaría privar a las víctimas de todo resarcimiento, el Congreso sancionó las leyes 24.411 y 25.914. Sin perjuicio de esto, aun cuando se aceptase que los padres adoptivos de los accionantes se hubiesen encontrado impedidos de promover, oportunamente, el reclamo de daños y perjuicios, igualmente cabría considerar prescripta la acción respecto de Claudia Victoria Larrabeiti Yañez, ya que su demanda no fue presentada en tiempo útil. En efecto, al conferir el poder general con que se acreditó su personería en la presente causa, la actora expresó su condición de "mayor de edad", la cual se juzga por las leyes de su respectivo domicilio. Computado entonces el plazo de tres meses previsto por el art. 3980, desde la fecha en que el poder fue otorgado 29/05/95, cabe concluir que aquél se encontraba vencido al iniciarse la demanda 22/05/96, lo que conduce a admitir la excepción de prescripción en el caso.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar al recurso interpuesto por el Estado Nacional, declarar prescripta la acción para reclamar la responsabilidad civil extracontractual deducida en la demanda, y rechazar la demanda.

**Baremos:** Existen sistemas de compensación de daños, más rápidos y menos costosos que la responsabilidad civil, pues se especializan en la compensación de la víctima y, en ellos, la función preventiva sale del derecho de daños y se resitúa en el ámbito más amplio del derecho de accidentes. La idea es que el ahorro que generan los nuevos mecanismos capaces de indemnizar antes y mejor a la víctima, puede servir para financiar medidas alternativas de regulación e inversión en infraestructuras remedios públicos -. Los sistemas alternativos al derecho de la responsabilidad civil son bastantes distintos entre sí, pero, en la literatura especializada, todos ellos reciben el nombre común de planes de reparación o compensación sin culpa, no-fault plans. Su elemento común es la sustitución del papel de un causante de los daños, responsable personalmente con su patrimonio con o sin seguro de responsabilidad civil, por un «ámbito de riesgo», es decir, por una colectividad más o menos extensa de personas y organizaciones cuyos integrantes asumen conjuntamente el daño esperado de los accidentes que sobrevengan en su ámbito de influencia.

El mayor o menor reparto del coste esperado de los accidentes, frente al papel residual del causante, ofrece un buen criterio para ensayar una clasificación de ese conjunto de esquemas de reparación sin culpa.

1. Sistemas puros de compensación sin culpa: son los mecanismos de indemnización más directos, con prestaciones tasadas por lucro cesante y gastos médicos, pero con exclusión del daño moral. Como contrapartida, vedan toda posibilidad de ejercitar acciones de daños contra el causante, excepto, si acaso, en supuestos de daño doloso o negligencia grave.
2. Sistemas de umbral: por debajo de un determinado umbral mínimo de daño, sólo es posible obtener las prestaciones directas del esquema de reparación sin culpa. Sólo cuando la entidad del daño rebasa ese umbral, dispone la víctima de una pretensión indemnizatoria contra el causante. Los umbrales pueden ser cualitativos o bien cuantitativos.
3. Sistemas aditivos o agregados: la víctima tiene derecho a un conjunto de prestaciones directas que no impiden el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el causante de los daños. Dada la coexistencia de ambas opciones y el carácter de mínimos de las prestaciones legales, éstas son las más modestas de todos los sistemas directos o sin culpa.
4. Sistemas electivos: permiten optar entre sistemas de responsabilidad civil y reparación sin culpa o, dentro de éstos últimos, entre esquemas aditivos o de umbral, o entre umbrales monetarios y cualitativos.

**Riesgos y accidentes de trabajo: el caso argentino**: El problema del sistema es su multiplicidad de objetivos y la falta de combinación óptima de los mismos. Todo hace pensar que la mejor posibilidad de compensación (completa, rápida y segura) se descarta porque compromete otro objetivo (reducción de costos), y por eso se llega a esta solución de transacción entre una indemnización tarifada, con topes, incompleta, y una solución que se pretende barata.

Se ha dicho que el sistema de determinación libre de compensacioneses de costo "imprevisible". Esto es un claro error. Las determinaciones de costos futuros se realizan por técnicas actuariales y la previsibilidad es un resultado técnicamente inobjetable, sean cuales fueran los montos implicados y su dispersión. Un sistema puede ser muy previsible y a su vez determinar costos muy altos, ya que la previsibilidad es sólo uno de los componentes de los costos totales de un sistema, y no el único determinante de su costo.

Tarifación y topes son muy distintos. En la tarifación, un daño se indemniza con una suma que guarda alguna independencia con el daño subjetivamente sufrido, y que responde a otros parámetros. Su efecto es que no hay diferencia entre los montos globales comprometidos por sector, respecto de la opción no tarifada. No obstante, dentro de cada uno de los sectores (damnificados y responsables) se generarán subsidios implícitos. Si la determinación de las tarifas es inferior o superior al monto que resultaría de las indemnizaciones libres correspondientes, habrá, respectivamente, un subsidio de las víctimas o del agregado de los responsables. El tope determina que quien sufre un daño inferior al mismo, es compensado íntegramente y quien sufre uno superior, sólo cobra hasta el máximo. Aquí sí hay un subsidio cruzado que se da exclusivamente en el segmento superior al tope: las víctimas afectadas por perjuicios superiores al máximo subsidian a los responsables de sus daños, por esa diferencia y absorben parte del daño.

En las tarifas determinadas de modo neutral, los daños superiores subsidian a los inferiores (subsidio "intra-sector" de las víctimas); en los topes, los daños superiores subsidian a los dañadores ("inter-sectores").

En la LRT se introducen simultáneamente ambos mecanismos restrictivos. Hay un sistema de tarifación (que toma como parámetros el porcentaje de incapacidad, el salario, y la edad de la víctima) y la suma resultante, además no puede pasar de topes fijos. En consecuencia, las víctimas con daños superiores estarían pagando subsidios "intra-sector" e "inter-sector". La tarifa no está determinada en la LRT de modo neutral, y que su combinación con los topes que agrega, genera una distorsión muy marcada, que transfiere un subsidio muy importante de parte del sector de las víctimas, hacia el sector de los responsables.

Además de la compensación monetaria, la ley adiciona prestaciones en especie. La alternativa más clara, sería la adquisición de las mismas por parte del propio afectado. Los incentivos para las ART se encolumnan a proveer las prestaciones menos costosas, en tanto y en cuanto la deficiencia de calidad de las mismas no incida en la incapacidad del trabajador de modo de tal que el incremento de su incapacidad devengue una prestación dineraria superior al "ahorro" generado. Como no se indemnizan daños extrapatrimoniales puros, por ejemplo, parece claro que habrá incentivos a despreciar la atención de todos los perjuicios que no se incluyan en las pautas empleadas para la determinación de incapacidad.

Si los costos de un sistema administrativo de compensaciones tarifadas (LRT) son inferiores al costo de un sistema de determinación judicial "caso por caso", entonces la pérdida de eficiencia generada por la tarifación de la indemnización podría compensarse. Sin embargo, no se cumpla esta condición. En 1° lugar parece no hay evidencia que permita sostener que el sistema judicial derogado tenía un alto costo público de funcionamiento. Por otra parte, la evaluación de los costos de un sistema administrativo en comparación con un sistema judicial es especialmente compleja. En el sistema administrativo de la LRT, de una u otra forma, todos los hechos que generan compensaciones deben pasar sus carriles. El sistema judicial tradicional, por su parte, posee una función generadora de incentivos algo diferente: los reclamos judiciales sólo abarcarían el sector de los casos más costosos, mientras un sistema integralmente administrativo comprende a todos.

Cuando se trata la litigiosidad, el análisis debe tener en cuenta que el incentivo privado a hacer reclamos difiere de la deseabilidad social de los mismos. Esto puede conducir a que los reclamos sean excesivos o que no se realicen aun cuando resulten socialmente deseables, por eso el diseño institucional debe tener en cuenta este aspecto, creando incentivos para lograr un nivel óptimo de litigiosidad. Lo relevante es partir del convencimiento de que la litigiosidad es indeseable porque incrementa los costos, o desmejora las efectivas compensaciones, pero no por algún atributo intrínseco. Es mala simplemente porque genera obstáculos para el cumplimiento de otros objetivos. Si se asume, entonces, esta premisa, cualquier análisis debería concluir que ese objetivo instrumental, deberá ser cumplido de modo que, favorezca a aquellos otros objetivos de categoría superior, a los que debe responder, y no de cualquier manera.

**LRT - Acción del derecho común - Imposibilidad de accionar por la vía civil - Igualdad ante la ley - Inconstitucionalidad - Reparación integral – Procedencia. CSJN “Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A. s/recurso de hecho deducido por la demandada”: *ART. 39.*** *— Responsabilidad civil.*

1. *Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y. a los derechohabientes de éstos, excepto de la derivada del Art. 1072 CC.*
2. *En este caso, el damnificado o sus derechohabientes podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios, de acuerdo a las normas CC.*
3. *Sin perjuicio de la acción civil del párralo anterior el damnificado tendrá derecho a las prestaciones de esta ley a cargo de las ART o de los autoasegurados.*
4. *Si alguna de las contingencias previstas en el artículo 6. de esta ley hubieran sido causadas por un 3°, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar del responsable la reparación de los daños y perjuicios que pudieren corresponderle de acuerdo con las normas del CC de las que se deducirá el valor de las prestaciones que haya percibido o deba recibir de la ART o del empleador autoasegurado.*
5. *En los supuestos de los apartados anteriores, la ART o el empleador autoasegurado, según corresponda, están obligados a otorgar al damnificado o a sus derechohabientes la totalidad de las prestaciones prescriptas en esta ley, pero podrán repetir del responsable del daño causado el valor de las que hubieran abonado, otorgado o contratado*.

El art. 19 CN establece el principio alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación". La responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 CC sólo consagra el principio general. La Corte tiene juzgado, dentro del antedicho contexto del CC y con expresa referencia a un infortunio laboral, que la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el "daño moral", de acuerdo a los principios humanísticos que se encuentran insertos en la CN.

Resulta inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten.

El Art. 39 inc. 1 LRT dispone la eximición de responsabilidad civil del empleador, como consecuencia de las "prestaciones" de la LRT. Resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador, mediante el art. 39 inc. 1, fue consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del CC. El sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador. En suma, la LRT., mediante la prestación del art. 15 inc. 2 párr. 2º, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39 inc. 1, sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, e valúa menguadamente.

Es por eso que la LRT., al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113 CC, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos. Ha negado la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra CN.

El art. 14 bis CN. no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional, y si bien la manda se ha visto fortalecida por importantes textos constitucionales de DDHH, el Art. 39 LRT claramente vulnera sus disposiciones y principios como la dignidad humana, justicia social, desarrollo progresivo de los derechos etc.

**UNIDAD 21: LA DISTRIBUCIÓN DE LOS DAÑOS – EL SEGURO:**

**LAS FUNCIONES ECONÓMICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL - Modelos, elementos y relaciones básicas:** Para la teoría económica del seguro, la decisión de asegurarse se enmarca en la *teoría de la elección* en condiciones de *incertidumbre.* Su análisis se basa en dos nociones fundamentales: la función de *utilidad esperada,* que permite ordenar las preferencias de los individuos respecto de probabilidades de obtener un premio o una ganancia; y el *valor esperado* que surge de multiplicar el monto de un beneficio a obtener o un perjuicio a sufrir por la probabilidad de que efectivamente ocurra. La actitud frente al riesgo de los individuos determina que no siempre el mayor valor esperado genere mayor utilidad esperada en los sujetos, porque *la actitud frente al riesgo de los individuos* afectará su utilidad esperada.

**Según su actitud frente al riesgo, los sujetos pueden ser: 1. *adversos al riesgo*; 2. *amantes del riesgo*; 3. *neutrales al riesgo*.**

Un ***adverso al riesgo* preferirá siempre un resultado cierto a un resultado incierto.** Ese sujeto, encontraría utilidad en la certeza. Luego, estará dispuesto a pagar para evitar la incertidumbre de enfrentar un resultado incierto (sufrir un daño o pagar una indemnización), y de esta manera incrementará su utilidad.

Un ***amante del riesgo***, por el contrario, **preferirá siempre un resultado incierto a un resultado cierto**. Es decir, le generará mayor utilidad esperada la incertidumbre que la certeza.

Por último, un ***agente neutral* al riesgo sólo se guiará por el valor esperado en sus decisiones**; y preferirá siempre la opción que represente el mayor valor esperado..

- El análisis económico del seguro de responsabilidad civil parte de un modelo en el que intervienen tres tipos de sujetos: los *potenciales dañadores-asegurados,* las potenciales *víctimas* y las *aseguradoras*. Los 1° se suponen adversos al riesgo; mientras que las últimas, se consideran neutrales. Y se supone también que *existe información perfecta* acerca de la probabilidad de que el daño ocurra y de su valor esperado, por parte de todos. De esta manera, la explicación teórica de la decisión de contratar un seguro, sobre estas bases, sería que los sujetos neutrales al riesgo (compañías de seguro) “venden” certeza, al asumir una situación incierta y los sujetos adversos al riesgo (asegurados) la “compran” cuando pasan ese riesgo a la aseguradora a cambio del monto de una prima. Claro está que la neutralidad al riesgo de la aseguradora implica que la prima en cuestión nunca debería ser inferior al valor esperado de la situación asegurada. Asimismo, el modelo básico parte del supuesto de que existe un sólo tipo de riesgo para los dañadores-asegurados; riesgo que, se asume, no se modificará durante la vigencia de la cobertura.

En este contexto, es beneficioso eliminar o reducir el riesgo que soportan los individuos adversos al riesgo y trasladarlo a los individuos neutrales frente al riesgo. Y esta solución sería, en principio, eficiente. En estas condiciones, asegurarse no afectaría el nivel de prevención del potencial dañador. Esto es así, porque el precio de la póliza será igual al valor esperado de la indemnización y este será el valor esperado de los daños.

● Sin embargo, en el mundo real, la información no es perfecta y esto generará efectos diversos. Existen 3 clases de problemas de información:

* ***Moral hazard:*** Se refiere a la imposibilidad que tiene el asegurador de observar la conducta del asegurado después de la contratación del seguro y al posible relajamiento de las precauciones que siguen a la adquisición de una cobertura asegurativa. Es probable que el asegurado no tenga incentivos para invertir en prevención de la misma forma en que lo haría si no tuviese una cobertura completa por los daños que pueda causar, lo cual sería un efecto secundario indeseable del seguro. Si el asegurador tuviese información perfecta acerca del riesgo que genera el asegurado después de la contratación del seguro, el problema de *moral hazard* no existiría: el asegurador fijaría, a lo largo del contrato, una prima que refleje exactamente el nivel de riesgo que representa el asegurado.

Las soluciones ante esto implican, en general, proporcionar un seguro parcial a fin de inducir al asegurado a tomar ciertas precauciones. Por un lado, se cuentan las causales de *exclusión de cobertura*, como es el caso de la exclusión de cobertura por culpa grave del asegurado. Por otro lado, las *limitaciones de cobertura*, como la franquicia (ciertos daños o cierta magnitud del daño queda a cargo del asegurado, porque el asegurador sólo responde a partir de un monto mínimo que puede resultar del establecimiento de una suma fija, de un porcentaje o de una combinación de ambos). Asimismo, suelen plantearse otras alternativas “informales” como los incentivos para minimizar el riesgo de sufrir un daño propio.

* ***Problema de selección adversa*:** La compañía de seguros no tiene información perfecta para distinguir, antes de celebrar el contrato de seguros, el tipo de riesgo del asegurado. La consecuencia es la reducción del mercado: se ofrecen menos seguros que lo deseable socialmente.
* ***Subestimación de los riesgos por parte del asegurado*:** La decisión del asegurado depende de su percepción acerca del riesgo que se asocie a su conducta y no hay razones para suponer que su conocimiento personal del mismo sea perfecto. Si los potenciales dañadores no perciben adecuadamente sus riesgos, difícilmente decidan asegurarse voluntariamente en muchos casos. Se ha detectado una advertible tendencia psicológica a subestimar ciertas clases de riesgos, en particular, en el caso de los conductores de vehículos particulares.

**- El problema de insolvencia de los potenciales dañadores:** Los modelos tradicionales asumen que el valor de los bienes de los dañadores alcanza, al menos, al de los daños que causen. Sin embargo, frecuentemente esto no ocurre en el mundo real. Se denomina a los sujetos insolventes como *judgment proofs,* en cuanto si carecen absolutamente de solvencia, se tornan en sujetos “a prueba de juicios” dado que la perspectiva de ser condenados a pagar cualquier suma por una eventual sentencia que les impusiera una indemnización, no generará incentivo alguno en su conducta, porque nada tienen que perder. La presencia de dañadores *judgment proofs* suele ser un punto central en toda teorización acerca del seguro obligatorio.

Si el potencial dañador es insolvente, esto será un límite, en la práctica, para afrontar la indemnización que debería pagar. En su previsión, el costo que debería asumir será inferior al costo social de su acción (daño). De esta manera, se verá inducido a adoptar un nivel de prevención inferior al óptimo.

Si la contratación de una póliza fuera exigida como condición para llevar a cabo una cierta actividad y la prima reflejara exactamente el valor esperado de los daños, entonces el seguro operaría como un filtro para distinguir las actividades socialmente valiosas de aquellas que no lo son.

Algunos consideran, en el caso de los conductores o propietarios de automóviles con solvencia insuficiente (no nula), que el seguro obligatorio reduciría los incentivos -ya insuficientes en esta situación- para prevenir.

La vigencia de un sistema que prohíba llevar a cabo ciertas actividades sin previa contratación de un seguro no implica que las mismas vayan a eliminarse en los hechos. Al contrario, la prohibición será sólo una parte del mecanismo generador de incentivos respecto de los potenciales transgresores.

**- El seguro obligatorio:** Se suele atribuir a los seguros una mayor prontitud en el pago de compensaciones con relación al sistema puro y simple de resarcimiento de daños de trámite judicial.

Parece posible afirmar que, al menos en algunos tipos de daños, la oportunidad en que la víctima reciba el resarcimiento no es indiferente. La existencia de un contrato de seguro, no obstante, no resuelve por sí esa prontitud en el pago. Si la compañía aseguradora es simplemente un responsable (adicional al dañador), del pago de indemnización, sus incentivos para pagarla en un momento cercano a que se produzca el daño o uno lejano, no diferirán en nada de los de un dañador no asegurado.

En algunos sistemas las compañías aseguradoras deben poner rápidamente a disposición de la víctima una suma como indemnización, sin perjuicio de la controversia que pueda plantearse en un juicio posterior. Esta clase de mecanismos, con un correcto diseño y *enforcement*, parece una buena medida para disminuir el plazo de pago de las compensaciones por daños. No obstante, no es correcto concluir que ese efecto deriva de la mera existencia de un seguro de responsabilidad, sino de un particular conjunto de *detalles* del sistema en cuestión. En consecuencia, si el objetivo es minimizar el plazo de pago de las indemnizaciones, algunos *detalles* diferentes de la mera vigencia de un sistema de seguro obligatorio deben implementarse.

En síntesis, la preferibilidad de los seguros obligatorios es dependiente de ciertas relaciones que vinculan el conjunto de elementos que integran el diseño particular de la institución, con el conjunto de relaciones empíricas relevantes del contexto social al que se la aplica. Esto hace que ninguna de las relaciones teóricas que deriven de uno de sus elementos pueda definir el valor de un sistema de seguro obligatorio real.

**RÉGIMEN DE SEGUROS:**

● *Artículo 1. Hay* ***contrato de seguro*** *cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto*. Mientras que el seguro es un instituto de índole económica, el contrato de seguro es el negocio jurídico que materializa y hace reclamable los intereses que el seguro abarca. Los seguros pueden ser:

* De daños: El valor del sustitutivo económico puede cuantificarse en forma precisa al producirse el siniestro, por lo que a la reparación integral del daño y tiene naturaleza indemnizatoria.
* De personas: Atento a que la vida humana o la salud tienen un valor básicamente ilimitado, determinan una cobertura abstracta, consistente en una suma prefijada, que tiene un carácter más previsional que indemnizatorio, al dar lugar a una indemnización parcial. En consecuencia, no hay una relación variable entre el valor del interés asegurado y la suma asegurada.

La tendencia moderna apunta al concepto unitario, considerando que ambos son indemnizatorios.

- Sujetos de la relación asegurativa: El asegurador y el asegurado son las partes del contrato, este último en su condición de titular de intereses que se asegura. Cuando alude a los efectos de la celebración del contrato la ley emplea el término *tomador*, ya que quien contrata el seguro y el titular del interés pueden o no coincidir en una misma persona. También puede ser distinto el *beneficiario* del tomador-asegurado, como ocurre en los seguros de vida. Capacidad:

* Asegurador: debe ser una empresa autorizada para operar en seguros.
* Asegurado: la contratación de un seguro de daños es un acto de administración, por lo que debe ser aplicada la legislación común al respecto.

● *Art. 2. El contrato de seguro puede tener por* ***objeto*** *toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley*.

**Mientras que el riesgo es el presupuesto del seguro, el interés es el objeto del contrato.**

Riesgo es la posibilidad que ocurra un evento dañoso en la persona o bienes de un sujeto. Para que el riesgo sea asegurable, debe responder a un interés lícito y ser incierto y de ocurrencia posible. Por riesgo asegurado se entiende la individualización y descripción de la cobertura en cuanto a la especificación del evento dañoso.

El interés es toda relación lícita, de hecho o derecho, de una persona sobre un bien. Por interés asegurable se hace referencia a aquellos intereses plausibles de obtener un sustituto económico (deben tener un valor). El mismo interés será asegurado una vez materializado como objeto del contrato. Es importante distinguir el valor del interés de la suma asegurada: esta es el valor que el tomador del seguro atribuye en la póliza al interés asegurado, permaneciendo invariable a lo largo del contrato. Es decir que mientras que el valor del interés representa el calor real de la cosa o el bien, la suma asegurada es la proporción de dicho interés que queda cubierto por el contrato de seguro. La suma asegurada es la máxima contraprestación del asegurador, siendo, en consecuencia, la base del cálculo de la prima.

- En el caso de coberturas sobre bienes o personas indeterminadas en su número o características al contratar el seguro, pero determinables en un futuro, es posible a través del *seguro flotante o de abandono*. Si bien este contrato se perfecciona al momento de la celebración, los bienes que constituyen el objeto del interés se determinan en forma genérica, efectuándose su individualización y especificación en un momento futuro. El seguro flotante, entonces, se integra sucesivamente en la medida en que el tomador va denunciando los bienes concretos a los cuales se aplicará (“*declaración de alimento*”).

● *Art. 3. El contrato de seguro es* ***nulo*** *si al tiempo de su celebración el siniestro se hubiera producido o desaparecido la posibilidad de que se produjera. Si se acuerda que comprende un* ***período anterior*** *a su celebración, el contrato es nulo sólo si al tiempo de su conclusión el asegurador conocía la imposibilidad de que ocurriese el siniestro o el tomador conocía que se había producido*.

Se exige la incertidumbre objetiva respecto del evento temido, que debe ser incierto y de ocurrencia posible. Es suficiente que la incertidumbre sea sobre el evento mismo, o sobre el momento en que acaecerá. Caso contrario la norma prevé la nulidad del contrato.

● *Art. 4. El contrato de seguro es* ***consensual****; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza.*

*Propuesta: La* ***propuesta*** *del contrato de seguro, cualquiera sea su forma, no obliga al asegurado ni al asegurador. La propuesta puede supeditarse al previo conocimiento de las condiciones generales.*

*Propuesta de Prórroga: La* ***propuesta de prórroga*** *del contrato se considera aceptada por el asegurador si no la rechaza dentro de los 15 días de su recepción. Esta disposición no se aplica a los seguros de personas*.

El contrato es:

* Consensual: no es ni real ni solemne.
* Oneroso: ambas partes persiguen beneficios económicos,
* Bilateral: el asegurado se obliga a pagar la prima y el asegurador asume la prestación pecuniaria en caso de siniestro.
* Aleatorio.
* Único, sin perjuicio de poder ser dividido en períodos sucesivos para facilitar la contratación.
* De ejecución continuada,
* Gran relevancia del principio de buena fe.

- La propuesta no es obligatoria mientras no se produzca la aceptación por el asegurador, la cual perfecciona el contrato aunque se subordine el inicio de la cobertura a épocas posteriores. En consecuencia, la propuesta puede ser retractada o modificada antes de la aceptación. El silencio del asegurador no implica aceptación, sino que ésta debe ser comunicada al asegurado.

● *Art. 5. Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace* ***nulo*** *el contrato. El asegurador debe impugnar el contrato dentro de los* ***tres meses*** *de haber conocido la reticencia o falsedad*.

El deber de informar consiste en una verdadera carga, cuyo incumplimiento genera el error, como vicio de la voluntad del asegurador. Se considera que la reticencia debe haber sido consecuencia del dolo, negligencia o error del asegurado. No operará la nulidad si el asegurador conocía o debía conocer tal circunstancia. El vencimiento del plazo legal sin producirse la impugnación sanea el vicio. La nulidad es relativa: no opera de pleno derecho sino que la existencia del vicio debe ser probada judicialmente.

● *Art. 6. Cuando la* ***reticencia no dolosa*** *es alegada en el plazo del Art. 5, el asegurador, a su exclusivo juicio, puede anular el contrato restituyendo la prima percibida con deducción de los gastos, o reajustarla con la conformidad del asegurado al verdadero estado del riesgo. En los seguros de vida el reajuste puede ser impuesto al asegurador cuando la nulidad fuere perjudicial para el asegurado, si el contrato fuere reajustable a juicio de peritos y se hubiera celebrado de acuerdo a la práctica comercial del asegurador. Si el contrato incluye varias personas o intereses, se aplica el artículo 45*.

● *Art. 7. En los* ***seguros de vida*** *cuando el asegurado fuese de buena fe y la reticencia se alegase en el plazo del artículo 5, después de ocurrido el siniestro, la prestación debida se reducirá si el contrato fuese reajustable conforme al artículo 6*.

● Art. 8. Si la reticencia fuese **dolosa o de mala fe**, el asegurador tiene derecho a las primas de los períodos transcurridos y del período en cuyo transcurso invoque la reticencia o falsa declaración.

● *Art. 9. En todos los casos, si el* ***siniestro ocurre durante el plazo para impugnar****, el asegurador no adeuda prestación alguna, salvo el valor de rescate que corresponda en los seguros de vida*.

● *Art. 10. Cuando el contrato* ***se celebre con un representante del asegurado****, para juzgar la reticencia se tomarán en cuenta el conocimiento y la conducta del representado y del representante, salvo cuando este actúe en la celebración del contrato simultáneamente en representación del asegurado y del asegurador.*

*En el seguro por cuenta ajena se aplicarán los mismos principios respecto del 3° asegurado y del tomador*.

*Art. 26. Para la aplicación del Art. 10, no se podrá alegar que el contrato se celebró sin conocimiento del asegurado, si al tiempo de concertarlo no se hizo saber al asegurador que se actuaba por cuenta de 3°.*

En este último caso, como el seguro por cuenta ajena puede prescindir del conocimiento del asegurado, la ley dispone que esto no podrá ser alegado, si al tiempo de la contratación no se hizo saber al asegurador que se actuaba por cuneta de un 3°.

● *Art. 11. El contrato de seguro* ***sólo puede probarse por escrito****; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito.*

*El asegurador entregará al tomador una* ***póliza*** *debidamente firmada, con redacción clara y fácilmente legible. La póliza deberá contener los nombres y domicilios de las partes; el interés la persona asegurada; los riesgos asumidos; el momento desde el cual éstos se asumen y el plazo; la prima o cotización; la suma asegurada; y las condiciones generales del contrato. Podrán incluirse en la póliza condiciones particulares. Cuando el seguro se contratase simultáneamente con varios aseguradores podrá emitirse una sola póliza*.

La póliza es el instrumento probatorio por excelencia del contrato de seguros, la cual debe ser interpretada a favor del asegurado, debido a la posición contractual dominante del asegurador. Puede contener tanto condiciones generales, predispuestas, como particulares, debiendo estas predominar sobre aquellas. Es obligación del asegurador entregar solo un ejemplar de la póliza, la cual corresponde al tomador; si son varios los asegurados se entregará una a cada uno. Como documento emanado en ejemplar único, la póliza no lleva firma del tomador.

● *Art. 12. Cuando el texto de la póliza* ***difiera del contenido de la propuesta****, la diferencia se considerará aprobada por el tomador si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza. Esta aceptación se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador sobre este derecho por cláusula inserta en forma destacada en el anverso de la póliza. La impugnación no afecta la eficacia del contrato en lo restante, sin perjuicio del derecho del tomador de rescindir el contrato a ese momento*.

● *Art. 13. La* ***transferencia de las pólizas a la orden o al portador*** *importa transmitir los derechos contra el asegurador; sin embargo pueden oponerse al tenedor las mismas defensas que podrían hacerse valer contra el asegurado referentes al contrato de seguro, salvo la falta de pago de la prima si su deuda no resulta de la póliza. El asegurador se libera si cumple sus prestaciones respecto del endosatario o del portador de la póliza.*

*En caso de robo, pérdida o destrucción de la póliza a la orden o al portador puede acordarse su reemplazo por prestación de garantía suficiente.*

*En los* ***seguros de personas*** *la póliza debe ser nominativa*.

Las pólizas al portador o a la orden pueden ser transmitidas por tradición o endoso. Sin embargo, la póliza no funciona como un título abstracto, desvinculado del negocio originario.

● *Art. 14. El asegurado tiene derecho, mediante el pago de los gastos correspondientes, a que se le entregue* ***copia*** *de las declaraciones que formuló para la celebración del contrato y copia no negociable de la póliza*.

● *Art. 15. Las denuncias y declaraciones impuestas por esta ley o por el contrato se consideran cumplidas si se expiden dentro del término fijado.* ***Las partes incurren en mora por el mero vencimiento del plazo****. El asegurador no puede invocar las consecuencias desventajosas de la omisión o del retardo de una declaración, denuncia o notificación, si a la época en que debió realizarse tenía conocimiento de las circunstancias a las que ellas se refieren*.

● *Art. 16. Se* ***prohíbe*** *la constitución de domicilio especial. Es admisible la* ***prórroga de la jurisdicción dentro del país****. El* ***domicilio*** *en el que las partes deben efectuar las denuncias y declaraciones previstas en la ley o en el contrato es el último declarado*.

● *Art. 17. Se presume que el período de seguro es de* ***un año*** *salvo que por la naturaleza del riesgo la prima se calcule por tiempo distinto*.

● *Art. 18. La responsabilidad del asegurador* ***comienza*** *a las doce horas del día en el que se inicia la cobertura y* ***termina*** *a las doce horas del último día del plazo establecido, salvo pacto en contrario*

*No obstante el plazo estipulado, y con excepción de los seguros de vida, podrá convenirse que cualquiera de las partes tendrá derecho a rescindir el contrato sin expresar causa. Si el* ***asegurador*** *ejerce la facultad de rescindir, deber dar un* ***preaviso*** *no menor de quince días y reembolsará la prima proporcional por el plazo no corrido. Si el* ***asegurado*** *opta por la rescisión, el asegurador* ***tendrá derecho a la prima devengada*** *por el tiempo transcurrido, según las tarifas de corto plazo*.

Es común que la póliza establezca el día y hora en que comienza la cobertura, caso contrario se considera que la entrega de la póliza presupone el comienzo de la vigencia, aun cuando no se haya abonado la prima. La asunción del riesgo puede además ser pactada con retroactividad a la celebración del contrato o entrega de la póliza. El silencio en cuanto a la hora es suplido por la norma en cuestión.

La recisión tiene efectos para el futuro. Esta no puede ser de mala fe, ni darse ante la inminencia o certeza de que ocurrirá el evento dañoso.

● *Art. 19. La* ***prórroga tácita*** *prevista en el contrato, sólo es eficaz por el término máximo de un período de seguro, salvo en los seguros flotantes. Cuando el contrato se celebre por* ***tiempo indeterminado****, cualquiera de las partes puede* ***rescindirlo*** *de acuerdo al Art. 18. Es lícita la renuncia de este derecho de rescisión por un plazo determinado, que no exceda de 5 años. Las disposiciones de este párr no se aplican al seguro de vida*. La prórroga tácita entraña la revocación automática si, al vencimiento del plazo, las partes no han manifestado expresa oposición.

● *Art. 20. La liquidación voluntaria de la empresa aseguradora y la cesión de cartera aprobada por la autoridad de contralor,* ***no autorizan la rescisión del contrato***.

● *Art. 21. Excepto lo previsto para los seguros de vida, el contrato* ***puede celebrarse por cuenta ajena****, con o sin designación del 3° asegurado. En caso de duda, se presume que ha sido celebrado por cuenta propia. Cuando se contrate por cuenta de quien corresponda o de otra manera quede indeterminado si se trata de un seguro por cuenta propia o ajena, se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando resulte que se aseguró un interés ajeno*.

Se considera que hay contrato por cuenta ajena cuando el tomador y el asegurado son personas distintas, asegurando el tomador intereses ajenos a nombre propio. Es decir, que no se da en los casos en los que media representación directa, como el mandato.

● *Art. 22. El seguro por cuenta ajena obliga al asegurador aun cuando el 3° asegurado invoque el contrato después de ocurrido el siniestro*. Es irrelevante para el asegurador el momento en el cual el asegurado invoque su calidad de tal.

● *Art. 23. Cuando se encuentre en* ***posesión de la póliza****, el tomador puede disponer a nombre propio de los derechos que resultan del contrato. Puede igualmente cobrar la indemnización pero el asegurador tiene el derecho de exigir que el tomador acredite previamente el consentimiento del asegurado, a menos que el tomador demuestre que contrató por mandato de aquél o en razón de una obligación legal*. Si bien la posesión de la póliza da al tomador la posibilidad de disponer de los derechos que surgen del contrato, ello no significa que tales derechos integren su patrimonio.

● *Art. 24. Los derechos que derivan del contrato corresponden al asegurado si posee la póliza. En su defecto no puede disponer de esos derechos ni hacerlos valer judicialmente sin el consentimiento del tomador*.

No obstante ser el titular del interés y de los derechos que derivan del contrato, el asegurado solo puede disponer de ellos o hacerlos valer en caso de poseer la póliza.

● *Art. 25. El* ***tomador*** *no está obligado a entregar la póliza al asegurado, ni al síndico ni al liquidador del concurso o quiebra de aquél antes de que se le haya abonado cuanto le corresponda en razón del contrato. Puede cobrarse, con prelación al asegurado o sus acreedores sobre el importe debido o pagado por el asegurador*. El tomador puede ejercer un “derecho de retención” sobre la póliza hasta obtener el reembolso de las erogaciones que realizara en específica relación con el contrato de seguro. Tales acreencias tienen preferencia sobre la indemnización debida o pagada por el asegurador.

**Prima:** Es el precio del seguro, es decir, la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador, entendido como el estricto valor del riesgo más los gastos y beneficios de gestión de la empresa aseguradora. Técnicamente, se alude a una prima de riesgo para los seguros de daños, y prima de ahorro para los seguros de vida. Con el “fondo de primas” las aseguradoras afrontan el pago de los siniestros y demás obligaciones respecto de los asegurados.

La prima neta es el estricto equivalente del riesgo, calculado sobre una previsión estadística y financiera. La prima bruta surge de adicionar a la prima pura los gastos de producción y gestión. Esta última, también denominada premio, constituye la contraprestación del asegurado.

La prima única es el precio del valor íntegro del riesgo, por todo el período de duración del seguro. La prima periódica es el precio exigible por cada uno de los períodos en los que se ha dividido la duración del seguro.

● *Art. 27.* ***El tomador es el obligado al pago de la prima****. En el seguro por cuenta ajena, el asegurador tiene el derecho a exigir el pago de la prima al asegurado, si el tomador ha caído en insolvencia. El asegurador tiene derecho a compensar sus créditos contra el tomador en razón del contrato, con la indemnización debida al asegurado o la prestación debida al beneficiario*.

El pago puede efectuarse en efectivo o con cheques –el pago tiene efectos cancelatorios al efectivizarse los fondos. El principal obligado al pago es el tomador, en su carácter de co-contratante; el asegurado solo responderá de forma directa en caso de insolvencia del tomador. El pago debe hacerse al asegurador.

● *Art. 28. Salvo oposición del asegurado, el asegurador no puede rehusar el* ***pago de la prima ofrecido por 3°****, con la limitación del artículo 134*. Pese a existir tal oposición, el asegurador no podrá rehusarse si el 3° tiene interés legítimo en el cumplimiento de la obligación. Respecto a los seguros de personas, el único facultado para pagar la prima es el beneficiario a título oneroso.

● *Art. 29. La prima se* ***pagará en el domicilio del asegurador*** *o en el* ***lugar convenido*** *por las partes. El lugar de pago se juzgará cambiado por una práctica distinta, establecida sin mora del tomador; no obstante, el asegurador podrá dejarla sin efecto comunicando al tomador que en lo sucesivo pague en el lugar convenido*. En caso de existir un lugar convenido, se podrá optar entre dicho lugar o el domicilio del asegurador.

● *Art. 30. La prima* ***es debida*** *desde la celebración del contrato, pero no* ***es exigible*** *sino contra entrega de la póliza, salvo que se haya emitido un certificado o instrumento provisorio de cobertura. En caso de duda, las primas sucesivas se deben al comenzar cada período de seguro.*

*La entrega de la póliza sin la percepción de la prima hace presumir la concesión de crédito para su pago*.

El pago de la prima es una obligación de pago inmediato, que se abona por adelantado. Aunque la prima se debe desde la celebración del contrato –por su carácter consensual-, es exigible recién desde la entrega de la póliza. Por convenio de partes, el pago puede ser diferido en el tiempo o pactarse el pago en cuotas.

El certificado o nota de cobertura es un documento emanado del asegurador que instrumenta provisoriamente el contrato ya concluido, hasta tanto se entregue la póliza, o instituye una cobertura provisoria mientras se instrumenta el contrato definitivo. En el 1° caso, el certificado entraña la aceptación de la propuesta, en el 2° queda la eventualidad de que el contrato definitivo se frustre.

● *Art. 31. Si el pago de la primera prima o de la prima única* ***no se efectuara oportunamente****, el asegurador no ser responsable por el siniestro ocurrido antes del pago.*

*En el supuesto del pár. 3° Art. 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*.

La suspensión no extingue el contrato. Por ende, las primas adeudadas devengan intereses y el asegurador puede reclamar la deuda sin que ello afecte la suspensión. El pago íntegro produce la rehabilitación.

*● Art. 32. Cuando la* ***rescisión se produzca por mora*** *en el pago de la prima, el asegurador tendrá derecho al cobro de la prima única o a la prima del período en curso.*

*● Art. 33. En los casos de* ***reticencia*** *en que corresponda el* ***reajuste*** *por esta ley, la diferencia se pagará dentro del mes de comunicada al asegurado*.

● *Art. 34. Cuando el asegurado ha* ***denunciado erróneamente un riesgo más grave****, tiene derecho a la rectificación de la prima por los períodos posteriores a la denuncia del error, de acuerdo a la tarifa aplicable al tiempo de la celebración del contrato. Cuando* ***el riesgo ha disminuido****, el asegurado tiene derecho al reajuste de la prima por los períodos posteriores, de acuerdo a la tarifa aplicable al tiempo de la denuncia de la disminución.*

*● Art. 35. Cuando existiera* ***agravación del riesgo*** *y el asegurador optase por no rescindir el contrato o la rescisión fuese improcedente, corresponderá el reajuste de la prima de acuerdo al nuevo estado del riesgo desde la denuncia, según la tarifa aplicable en este momento*.

**Caducidad:** La caducidad consiste en la extinción de los derechos del asegurado respecto del siniestro, en relación al cual no ejecutó una carga impuesta con tal efecto por la ley o el contrato. Por la gravedad de las consecuencias, su interpretación debe ser restrictiva. Se diferencia de la nulidad porque ésta ostenta carácter provisorio, de la nulidad porque no extingue el contrato con efectos retroactivos y de la exclusión de cobertura porque aquí el riesgo simplemente no ha sido cubierto.

● *Art. 36. Cuando por esta ley no se ha determinado el efecto del incumplimiento de una carga u obligación impuesta al asegurado, las partes pueden convenir la* ***caducidad*** *de los derechos del asegurado si el incumplimiento obedece a su culpa o negligencia, de acuerdo al siguiente régimen:*

1. *Si la carga u obligación* ***debe cumplirse antes del siniestro****, el asegurador deberá alegar la caducidad dentro del mes de conocido el incumplimiento. Cuando el siniestro ocurre antes de que el asegurador alegue la caducidad, sólo se deberá la prestación si el incumplimiento no influyó en el acaecimiento del siniestro o en la extensión de la obligación del asegurador;*
2. *Si la carga u obligación debe ejecutarse* ***después del siniestro****, el asegurador se libera por el incumplimiento si el mismo influyó en la extensión de la obligación asumida.*

*En caso de caducidad corresponde al asegurador la prima por el período en curso al tiempo en que conoció el incumplimiento de la obligación o carga*.

El régimen se aplica a los supuestos de caducidad convencional. Esta exige al asegurador alegar y probar la culpa o negligencia del asegurado y la existencia de un perjuicio real. En esto se diferencia de la caducidad legal, en la cual al asegurador le basta con demostrar el incumplimiento de la carga.

**Agravación del riesgo:**

● *Art. 37. Toda* ***agravación del riesgo asumido*** *que, si hubiese existido al tiempo de la celebración, a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones, es causa de rescisión del mismo*.

Una de las cargas más importantes del asegurado es mantener el estado de riesgo como existía al momento de celebrar el contrato, y denunciar al asegurador las agravaciones que se produzcan, para cumplir con el principio de equivalencia en las prestaciones. Se considera que hay *agravación* del riesgo cuando con posterioridad a la celebración del contrato aumenta la probabilidad o intensidad del riesgo. La agravación se puede probar por cualquier medio de prueba, y su principal consecuencia es la carga de la denuncia, que pesa sobre el asegurado.

● *Art. 38. El tomador debe* ***denunciar*** *al asegurador las agravaciones causadas por un hecho suyo, antes de que se produzcan; y las debidas a un hecho ajeno, inmediatamente después de conocerlas*.

Debe denunciar el , el asegurado o sus sucesores. El receptor debe ser el asegurador.

● *Art. 39. Cuando la agravación se deba a un* ***hecho del tomador****, la cobertura queda suspendida. El asegurador, en el término de siete días, deberá notificar su decisión de rescindir*.

● *Art. 40. Cuando la agravación resulte de un* ***hecho ajeno al tomador*** *o si éste debió permitirlo o provocarlo por razones ajenas a su voluntad, el asegurador deberá notificarle su decisión de rescindir dentro del término de un mes y con un preaviso de siete días. Se aplicará el Art. 39 si el riesgo no se hubiera asumido según las prácticas comerciales del asegurador.* (No opera la suspensión de la cobertura).

*Si el tomador* ***omite denunciar la agravación****, el asegurador no está obligado a su prestación si el siniestro se produce durante la subsistencia de la agravación del riesgo, excepto que:*

* *El tomador incurra en la omisión o demora sin culpa o negligencia;*
* *El asegurador conozca la agravación al tiempo en que debía hacérsele la denuncia*.

● *Art. 41.* ***La rescisión del contrato da derecho al asegurador****:*

1. *Si la agravación fue comunicada oportunamente a percibir la prima proporcional al tiempo transcurrido;*
2. *Si no le fue comunicada oportunamente, a percibir la prima por el período de seguro en curso*.

● *Art. 42. El D a rescindir* ***se extingue*** *si no se ejerce en los plazos previstos o si la agravación desaparece*.

*● Art. 43. Las disposiciones sobre agravación del riesgo* ***no se aplican*** *en los supuestos en que se provoque para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias o por un deber de humanidad generalmente aceptado.*

*● Art. 44. Las disposiciones son también aplicables a la agravación producida entre la presentación y la aceptación de la propuesta de seguro que no fuere conocida por el asegurador al tiempo de su aceptación.*

● *Art. 45. Cuando el contrato comprende* ***pluralidad de intereses o de personas y la agravación sólo afecta parte de ellos****, el asegurador puede rescindir todo el contrato si no lo hubiese celebrado en las mismas condiciones respecto de los intereses o personas no afectados. Si el asegurador ejercita su D de rescindir el contrato respecto de una parte de los intereses, el tomador puede rescindirlo en lo restante con aplicación del Art. 41. La misma regla es aplicable cuando el asegurador se libera por esta causa*.

**Denuncia del siniestro:** El siniestro es la concreción del riesgo tan como ha sido previsto en el contrato, cuyo acaecimiento genera la obligación de indemnizar del asegurador. La carga de denunciar el acaecimiento del siniestro buscar dejar al asegurador en condiciones de ejercer sus derechos de verificación y control para determinar si el siniestro integra la cobertura convenida y su extensión.

● *Art. 46. El tomador, o derechohabiente en su caso,* ***comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los 3 días de conocerlo****. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si interviene en el mismo plazo en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro o del daño.*

*El asegurado está obligado a suministrar al asegurador, a su pedido, la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y a permitirle las indagaciones necesarias a tal fin.*

*El asegurador puede requerir prueba instrumental en cuanto sea razonable que la suministre el asegurado.* ***No es válido convenir la limitación de los medios de prueba****, ni supeditar la prestación del asegurador a un reconocimiento, transacción o sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones legales sobre cuestiones prejudiciales.*

*El asegurador puede examinar las actuaciones administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro, o constituirse en parte civil en la causa criminal*.

El plazo solo puede ser modificado a favor del asegurado; en el seguro de vida se computa desde que el beneficiario tuvo conocimiento del beneficio. La denuncia debe ser dirigida al asegurador, no bastando la dirigida al productor. Las cargas complementarias de información son solo exigibles mediando solicitud expresa del asegurador, siendo a cargo suyo los gastos que ocasione su diligenciamiento.

● *Art. 47. El asegurado* ***pierde el derecho a ser indemnizado****, en el supuesto de incumplimiento de la carga prevista en el pár. 1º del Art. 46, salvo que acredite CF, FM o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia*.

La mora se produce por el mero vencimiento del plazo.

● *Art. 48. El asegurado* ***pierde el D a ser indemnizado*** *si deja de cumplir maliciosamente las cargas previstas en el pár. 2º Art. 46, o exagera fraudulentamente los daños o emplea pruebas falsas para acreditar los daños*.

**Vencimiento de la obligación del asegurador:**

● *Art. 49. En los* ***seguros de daños patrimoniales****, el crédito del asegurado se pagará dentro de los 15 días de fijado el monto de la indemnización o de la aceptación de la indemnización ofrecida, una vez vencido el plazo del Art. 56. En los* ***seguros de personas*** *el pago se hará dentro de los quince días de notificado el siniestro, o de acompañada, si procediera, la información complementaria del Art. 46, párrafos 2° y 3°*.

● *Art. 50. Es* ***nulo*** *el convenio que exonere al asegurador de la responsabilidad por su mora*.

● *Art. 51. Cuando el asegurador estimó el daño y reconoció el derecho del asegurado o de su derechohabiente, éste puede reclamar un pago a cuenta si el procedimiento para establecer la prestación debida no se hallase terminado un mes después de notificado el siniestro. El pago a cuenta no ser inferior a la mitad de la prestación reconocida u ofrecida por el asegurador.*

*Cuando la demora obedezca a omisión del asegurado, el término se suspende hasta que éste cumpla las cargas impuestas por la ley o el contrato.*

*En el seguro de accidentes personales, si para el supuesto de incapacidad temporaria se convino el pago de una renta, el asegurado tiene derecho a un pago a cuenta luego de transcurrido un mes.*

***El asegurador incurre en mora por el mero vencimiento de los plazos***.

**Rescisión por siniestro parcial:**

● *Art. 52. Cuando el siniestro* ***sólo causa un daño parcial****, ambas partes pueden rescindir unilateralmente el contrato hasta el momento del pago de la indemnización. Si el asegurador opta por rescindir, su responsabilidad cesará 15 días después de haber notificado su decisión al asegurado, y reembolsar la prima por el tiempo no transcurrido del período en curso en proporción al remanente de la suma asegurada. Si el asegurado opta por la rescisión, el asegurador conservará el derecho a la prima por el período en curso, y reembolsar la percibida por los períodos futuros. Cuando el contrato no se rescinde el asegurador sólo responderá en el futuro por el remanente de la suma asegurada, salvo estipulación en contrario*.

**Intervención de auxiliares en la celebración del contrato:**

● *Art. 53. El* ***productor o agente de seguro****, cualquiera sea su vinculación con el asegurador, autorizado por éste para la mediación, sólo está facultado con respecto a las operaciones en las cuales interviene, para:*

1. *Recibir propuestas de celebración y modificación de contratos de seguro;*
2. *Entregar los instrumentos emitidos por el asegurador, referentes a contratos o sus prórrogas;*
3. *Aceptar el pago de la prima si está en posesión de un recibo del asegurador. La firma puede ser facsimilar*.

El agente o productor actúa como un intermediario, promoviendo la concretación de contratos de seguro y cumpliendo funciones de asesoramiento. **No representa al asegurador**, y no se aplican las reglas del mandato, aunque autores han ubicado su actuar en la teoría de la apariencia jurídica.

● *Art. 54. Cuando el asegurador designa un representante o agente con facultades para actuar en su nombre se aplican las reglas del* ***mandato****. La facultad para celebrar seguros autoriza también para pactar modificaciones o prórrogas, para recibir notificaciones y formular declaraciones de rescisión, salvo limitación expresa. Si el representante o agente de seguro es designado para un determinado distrito o zona, sus facultades se limitan a negocios o actos jurídicos que se refieran a contratos de seguro respecto de cosas que se hallen en el distrito o zona, o con las personas que tienen allí su residencia habitual*.

El **agente institorio** ostenta facultades de representación, y por ende obliga al asegurador según las reglas del mandato. Este agente actúa en nombre y por cuenta del asegurador, por lo cual *no responde ante 3°.*

● *Art. 55. En los casos del artículo anterior el conocimiento del representante o agente equivale al del asegurador con referencia a los seguros que está autorizado a celebrar*.

**Determinación de la indemnización. Juicio Pericial:**

● *Art. 56. El asegurador debe pronunciarse acerca del D del asegurado* ***dentro de los 30 días de recibida la información complementaria*** *pár. 2º y 3º Art. 46. La omisión de pronunciarse importa aceptación*.

● *Art. 57. Son* ***nulas*** *las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza. La valuación del daño puede someterse a juicio de peritos*.

Se busca evitar que el juicio de árbitros suspenda, demore o eluda el cumplimiento de las obligaciones por parte del asegurador, lo cual no impide que el compromiso se asuma por acto posterior. La actuación de los peritos no queda marginada del control judicial.

**Prescripción:**

● *Art. 58. Las acciones fundadas en el contrato de seguro* ***prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible****.*

*Cuando la prima debe pagarse en cuotas, la prescripción para su cobro se computa* ***a partir del vencimiento de la última cuota****. En el caso del último pár. Art. 30, se computa* ***desde que el asegurador intima el pago****.*

*Los actos del procedimiento establecido por la ley o el contrato para la liquidación del daño interrumpe la prescripción para el cobro de la prima y de la indemnización.*

*En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el siniestro.*

*● Art. 59. El plazo de la prescripción* ***no puede ser abreviado****. Tampoco es válido fijar plazo para interponer acción judicial*.

**Seguros de daños patrimoniales:**

● *Art. 60. Puede ser objeto de estos seguros cualquier* ***riesgo*** *si existe* ***interés económico lícito*** *de que un siniestro no ocurra.*

● *Art. 61. El asegurador se obliga a resarcir, conforme al contrato,* ***el daño patrimonial*** *causado por el siniestro* ***sin incluir el lucro cesante****, salvo cuando haya sido expresamente convenido. Responde sólo* ***hasta el monto de la suma asegurada****, salvo que la ley o el contrato dispongan diversamente*.

El seguro tiene naturaleza indemnizatoria, excluyendo todo lucro o ganancia del asegurado. La medida de la obligación de resarcir depende de la relación entre la dimensión del daño concreto, la suma asegurada, y el valor del bien al momento del siniestro. El daño indemnizable se reduce al daño emergente, salvo pacto en contrario. El valor del siniestro parcial se obtiene por la diferencia entre el valor real del bien antes y después de producido el siniestro. La suma asegurada determina la máxima contraprestación del asegurado.

En los casos de seguro pleno y sobreseguro, la suma asegurada cubre el valor del interés, y en consecuencia opera la plena indemnización del daño. Cuando hay un infraseguro, en cambio, la suma asegurada resulta inferior al valor del interés al momento del siniestro, de modo que el asegurado soporta la diferencia no cubierta, aplicándose la *regla proporcional* en caso de que el siniestro sea parcial.

Contractualmente se puede reducir la obligación de resarcir el daño a través del *descubierto obligatorio*, por el cual ciertos daños quedan a cargo del asegurado, por responder el asegurador a partir de un monto mínimo (determinado en una suma fija, porcentaje o combinación). También existe la *franquicia*, para evitar liquidaciones antieconómicas en casos de daños menores. La franquicia puede ser *simple* (el asegurador debe responder por todo el daño una vez excedido un monto mínimo) o *absoluta* (el asegurador nunca responde por el monto establecido como franquicia).

Si bien lo común es la indemnización pecuniaria, se admite el pago en especie o la prestación de un servicio.

● *Art. 62. Si la* ***suma asegurada supera*** *notablemente**el valor actual* ***del interés asegurado****, el asegurador o el tomador pueden requerir su reducción. El contrato es* ***nulo*** *si se celebró con la intención de* ***enriquecerse indebidamente*** *con el excedente asegurado. Si a la celebración del contrato el asegurador no conocía esa intención, tiene D a percibir la prima por el período durante el cual adquiere este conocimiento*.

El sobreseguro puede ser originario, o responder a causas sobrevinientes.

● *Art. 63. El valor del bien a que se refiere el seguro se puede fijar en un importe determinado, que expresamente se indicar como* ***tasación****. La estimación será el valor del bien al momento del siniestro, excepto que el asegurador acredite que supera notablemente este valor*.

En la póliza común es el tomador quien propone la suma asegurada. En la póliza *a valor tasado*, el valor del interés se fija por acuerdo de partes, evitando la posterior tarea evaluatoria del daño y eliminando en principio la diferencia entre suma asegurada y valor asegurado. En consecuencia, se establece una presunción de verdad sobre el valor del interés al momento del siniestro que produce una inversión de la carga de la prueba.

● *Art. 64. Si el contrato incluye una universalidad o conjunto de cosas, comprende las cosas que se incorporen posteriormente a esa universalidad o conjunto.*

● *Art. 65. Si al tiempo del siniestro el valor asegurado* ***excede del valor asegurable****, el asegurador sólo está obligado a resarcir el perjuicio efectivamente sufrido; no obstante, tiene derecho a percibir la totalidad de la prima. Si el valor asegurado es* ***inferior al valor asegurable****, el asegurador sólo indemnizar el daño en la proporción que resulte de ambos valores, salvo pacto en contrario*.

El infraseguro puede ser originario o sobreviniente. Sus efectos jurídicos se prevén a partir de la producción del siniestro, buscando mantener la proporción entre la indemnización y las primas abonadas. En consecuencia, se consagra la “regla proporcional” según la cual la diferencia entre la suma asegurada y el valor del interés al momento del siniestro es absorbida por el asegurado. Cuando el daño es parcial la indemnización resulta de multiplicar la suma asegurada por el daño efectivamente sufrido y dividirlo por el valor total del objeto bien del interés (regla de 3).

● *Art. 66. El asegurador* ***no indemnizará*** *los daños o pérdidas producidos por* ***vicio propio de la cosa****, salvo pacto en contrario. Si el vicio hubiere agravado el daño, el asegurador indemnizará sin incluir el daño causado por el vicio, salvo pacto en contrario*.

**Pluralidad de seguros:** Existe pluralidad de seguros cuando se asegura contemporáneamente el mismo interés por el mismo riesgo, con más de un asegurador. Esto puede provenir de una específica estipulación contractual o de situaciones de hecho.

● *Art. 67. Quien asegura el mismo interés y el mismo riesgo con* ***más de un asegurador****, notificará sin dilación a cada uno de ellos los demás contratos celebrados, con indicación del asegurador y de la suma asegurada, bajo pena de caducidad, salvo pacto en contrario.*

*En* ***caso de siniestro****, cuando no existan estipulaciones especiales en el contrato o entre los aseguradores se entiende que cada asegurador contribuye proporcionalmente al monto de su contrato, hasta la concurrencia de la indemnización debida. La liquidación de los daños se hará considerando los contratos vigentes al tiempo del siniestro. El asegurador que abona una suma mayor que la proporcionalmente a su cargo, tiene acción contra el asegurado y contra los demás aseguradores para efectuar el correspondiente reajuste.*

*Puede estipularse que uno o más aseguradores respondan sólo subsidiariamente o cuando el daño exceda de una suma determinada*.

Se entiende que el deber de informar opera desde que se toma conocimiento o advierte la existencia de una pluralidad de contratos, debiéndose considerar la demora producida sin culpa o negligencia. La notificación busca evitar la eventual configuración de un doble seguro. El Art. consagra la independencia entre aseguradores, quienes responderán solo por la alícuota de sus respectivos contratos, pudiendo sin embargo, por razones de orden, designar un representante común. La concurrencia proporcional es hasta el monto de la indemnización, que no puede exceder el monto del daño sufrido. Cualquier causa de exoneración que opere respecto de un asegurador con posterioridad al siniestro resultará inoponible a los demás aseguradores.

- El **coseguro** es una modalidad concertada de concurrencia de aseguradores sobre un mismo interés y un mismo riesgo, asumiendo cada uno una parte del riesgo total. Salvo pacto en contrario, no existe solidaridad, y en general se instrumenta en una póliza única.

● *Art. 68. El asegurado no puede pretender en el conjunto una indemnización que supere el monto del daño sufrido. Si se celebró el seguro plural con la intención de un enriquecimiento indebido, son* ***nulos*** *los contratos celebrados con esa intención; sin perjuicio del derecho de los aseguradores a percibir la prima devengada en el período durante el cual conocieron esa intención, si la ignoraban al tiempo de la celebración*.

No existiendo dolo en el asegurado, son aplicables los principios de pluralidad, en particular en lo que respecta a la reducción proporcional de la contribución entre aseguradores. La nulidad opera en caso de dolo.

● *Art. 69. Si el asegurado celebra el contrato* ***sin conocer la existencia de otro anterior****, puede solicitar la rescisión del más reciente o la reducción de la suma asegurada al monto no cubierto por el 1° contrato con disminución proporcional de la prima. El pedido debe hacerse inmediatamente de conocido el seguro y antes del siniestro. Si los contratos se celebraron* ***simultáneamente****, sólo puede exigir la reducción a prorrata de las sumas aseguradas*.

**Provocación del siniestro:**

● *Art. 70. El asegurador* ***queda liberado sí el tomador o el beneficiario provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave****. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado*.

El seguro hace referencia a un riesgo no provocado. El Art. es inderogable por acuerdo de partes.

● *Art. 71. El asegurador* ***no cubre*** *los daños causados por* ***hechos de guerra civil o internacional, o por motín o tumulto popular****, salvo convención en contrario*.

**Salvamiento y verificación de los daños:**

● *Art. 72. El asegurado* ***está obligado*** *a proveer lo necesario, en la medida de las posibilidades,* ***para evitar o disminuir el daño*** *y a* ***observar las instrucciones del asegurador****. Si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que aparezcan más razonables en las circunstancias del caso. Si* ***el asegurado viola esta obligación dolosamente o por culpa grave****, el asegurador* ***queda liberado de su obligación de indemnizar*** *en la medida que el daño habría resultado menor sin esa violación*.

En realidad el Art. no establece una obligación, ya que no le es exigible, sino una carga cuyo incumplimiento genera la liberación proporcional del asegurador. La carga nace ante la inminencia del siniestro, y perdura mientras exista posibilidad de daño. El deber se mide en relación a la diligencia media de un asegurado, dentro de sus posibilidades. La carga es independiente de la existencia o no de instrucciones del asegurador, las cuales deben ser seguidas.

● *Art. 73. El asegurador* ***está obligado a reembolsar al asegurado los gastos*** *no manifiestamente desacertados realizados en cumplimiento de los deberes del Art. 72, aun cuando hayan resultado infructuosos o excedan de la suma asegurada. En el supuesto de infraseguro se reembolsará en la proporción indicada en el artículo 65, párrafo segundo. Si los gastos se realizan de acuerdo a instrucciones del asegurador, éste debe siempre su pago íntegro y anticipar los fondos si así le fuere requerido*.

Es la contrapartida de la carga de salvamento que la ley impone en cabeza del asegurado.

● *Art. 74.El asegurado no* ***puede hacer abandono*** *de los bienes afectados, salvo pacto en contrario*. El abandono consiste en permitir que el asegurado deje las cosas siniestradas en propiedad del asegurador, percibiendo en consecuencia el total de la suma asegurada.

● *Art. 75. El asegurado* ***podrá hacerse representar*** *en las diligencias para verificar el siniestro y liquidar el daño; es nulo todo pacto en contrario. Los gastos de esta representación serán por cuenta del asegurado*.

● *Art. 76. Los* ***gastos necesarios para verificar el siniestro y liquidar*** *el daño indemnizable son a cargo del asegurador en cuanto no hayan sido causados por indicaciones inexactas del asegurado. Se excluye el reembolso de la remuneración del personal dependiente del asegurado. Se podrá convenir que el asegurado abone los gastos por la actuación de su perito y participe en los del tercero*.

● *Art. 77. El asegurado no puede, sin el consentimiento del asegurador,* ***introducir cambio en las cosas dañadas*** *que haga más difícil establecer, la causa del daño mismo, salvo que se cumpla para disminuir el daño o en el interés público. El asegurador sólo puede invocar esta disposición cuando proceda sin demoras a la determinación de las causas del siniestro y a la valuación de los daños. La violación maliciosa de esta carga libera al asegurador*.

● *Art. 78. Cuando el monto de los daños se determina por peritos de acuerdo a lo convenido por las partes, el* ***peritaje es anulable*** *si aparta evidentemente del real estado de las cosas o del procedimiento pactado. Anulado el peritaje,* ***se valuarán judicialmente los daños****, previa pericia que se practicará de acuerdo a la ley procesal. La valuación judicial reemplazará el peritaje convencional siempre que los peritos no puedan expedirse o no se expidan en término*.

● *Art. 79. La participación del asegurador en el procedimiento pericial de la valuación de los daños Art. 57, importa su renuncia a invocar las causales de liberación conocidas con anterioridad que sean incompatibles con esa participación*.

**Subrogación:**

● *Art. 80. Los* ***D que correspondan al asegurado contra un 3°, en razón del siniestro****, se transfieren al asegurador hasta el monto de la indemnización abonada. El asegurado es responsable de todo acto que perjudique este D del asegurador. El asegurador no puede valerse de la subrogación en perjuicio del asegurado. La subrogación es inaplicable en los seguros de personas*.

Esta subrogación opera de pleno derecho cuando el asegurador paga la indemnización debida. La medida de la indemnización es el monto de la indemnización abonada, aunque el daño resulte mayor o se dé un infraseguro. Para que opere es necesario que la indemnización haya sido pagada por daños efectivamente incluidos en la cobertura de un contrato asegurativo válido y vigente. El asegurador puede renunciar a su derecho a la subrogación tras el pago. El 3° eventual responsable puede oponer al asegurador subrogado todos los derechos o defensas que opondría al asegurado. Excepciones:

* Cuando esto opere en perjuicio del asegurado.
* En los seguros de personas, ya que no tienen carácter resarcitorio.

**Desaparición del interés o cambio de titular:** El interés, como relación lícita de una persona con un bien, es el objeto del contrato de seguro.

● *Art. 81. Cuando no exista el interés asegurado* ***al tiempo de comenzar la vigencia*** *de la cobertura contratada, el tomador queda liberado de su obligación de pagar la prima; pero el asegurador tiene derecho al reembolso de los gastos más un adicional que no podrá  exceder del 5% de la prima.*

*Si el interés asegurado desaparece* ***después del comienzo de la cobertura****, el asegurador tiene derecho a percibir la prima según las reglas del artículo 41.*

● *Art. 82. El* ***cambio del titular del interés asegurado*** *debe ser* ***notificado*** *al asegurador quien podrá  rescindir el contrato en el plazo de 20 días y con preaviso de 15 días, salvo pacto en contrario.* (La persona del asegurado no es indiferente para el asegurador, ya que lo tiene en cuenta como un elemento más de la valoración del riesgo, por medio del llamado “azar moral” o “riesgo subjetivo”. Esto se aplica a las pólizas nominativas, y no a las que son a la orden o al portador).

*El adquirente puede rescindir en el término de 15 días, sin observar preaviso alguno.*

*El enajenante adeuda la prima correspondiente al período en curso a la fecha de la notificación. El adquirente es codeudor solidario hasta el momento en que notifique su voluntad de rescindir.*

*Si el asegurador opta por la rescisión, restituir  la prima del período en curso en proporción al plazo no corrido y la totalidad correspondiente a los períodos futuros.*

*La notificación del cambio de titular prevista en el párrafo 1° se hará en el término de 7 días, si la póliza no prevé otro. La omisión libera al asegurador si el siniestro ocurre después de 15 días de vencido este plazo.*

● *Art. 83. El Art. 82 se aplica a la* ***venta forzada****, computándose los plazos desde la aprobación de la subasta.* ***No se aplica a la transmisión hereditaria****, los herederos y legatarios suceden en el contrato*.

**Hipoteca. Prenda:**

● *Art. 84.* ***Para ejercer los privilegios*** *Arts. 3110 CC, y Art. 3º ley 12.962, el acreedor notificará al asegurador* ***la existencia de la prenda o hipoteca*** *y el asegurador, salvo que se trate de reparaciones, no pagará la indemnización sin previa noticia al acreedor para que formule oposición dentro de 7 días.*

*Formulada la oposición y en defecto de acuerdo de partes, el asegurador consignará judicialmente la suma debida. El juez resolverá el artículo por procedimiento sumarísimo*.

El presupuesto del trámite sumarísimo es el pronunciamiento favorable del asegurador en cuanto al pago de la indemnización. Parte de un deber de diligencia del acreedor, salvo que el asegurador tenga conocimiento anticipado sobre la hipoteca o prenda.

**Seguro de incendio:**

● *Art. 85. El asegurador indemnizar  el daño causado a los bienes por la* ***acción directa o indirecta del fuego, por las medidas para extinguirlo, las de demolición, de evacuación, u otras análogas****. La indemnización también debe cubrir los bienes asegurados que se extravíen durante el incendio.*

● *Art. 86. El asegurador* ***no responde*** *por el daño si el incendio o la explosión es causado por* ***terremoto****. Los daños causados por explosión o rayo quedan equiparados a los de incendio.* (La exención no alcanza los daños provocados por un incendio, agravados por un terremoto. Las consecuencias de un rayo o explosión, aunque no deriven en incendio, deben ser equiparadas a las producidas por éste).

● *Art. 87. El* ***monto del resarcimiento*** *debido por el asegurador se determina:*

1. *Para los* ***edificios****, por su valor a la época del siniestro, salvo cuando se convenga la reconstrucción;*
2. *Para las* ***mercaderías*** *producidas por el mismo asegurado, según el costo de fabricación; para otras mercaderías, por el precio de adquisición. En ambos casos tales valores no pueden ser superiores al precio de venta al tiempo del siniestro;*
3. *Para los* ***animales*** *por el valor que tenían al tiempo del siniestro; para materias primas, frutos cosechados, y otros productos naturales, según los precios medios en el día del siniestro*
4. *Para el* ***moblaje y menaje del hogar*** *y otros objetos de uso, herramientas y máquinas, por su valor al tiempo del siniestro. Sin embargo, podrá  convenirse que se indemnizará según su valor de reposición.*

Estas disposiciones pueden obviarse convencionalmente a partir de una cláusula de “valor a nuevo”, donde la base indemnizatoria será el valor de adquisición de un bien nuevo a la época del siniestro.

● *Art. 88. Cuando en el seguro de incendio* ***se incluye*** *el resarcimiento del* ***lucro cesante*** *no se puede convenir su valor. Cuando respecto del mismo bien se asegura el daño emergente con un asegurador, y con otro asegurador por el lucro cesante u otro interés especial expuesto al mismo riesgo, el asegurado debe notificarles sin demora los diversos contratos.* (Se prohíbe pactar de antemano el valor del lucro cesante para evitar toda posibilidad de enriquecimiento en el asegurado).

● *Art. 89. Cuando se conviene la* ***reconstrucción o reposición*** *del bien dañado, el asegurador tiene D a exigir que la indemnización se destine a ese objeto y a requerir garantías suficientes. En estas condiciones el acreedor hipotecario o prendarlo no puede oponerse al pago, salvo mora del deudor en el pago de su crédito*.

**Seguros de la agricultura:**

● *Art. 90. En los seguros de* ***daños a la explotación agrícola****, la indemnización se puede limitar a los que sufra el asegurado en una determinada etapa o momento de la explotación como la siembra, cosecha u otros análogos, respecto a todos o algunos de los productos, y referirse a cualquier riesgo que los pueda dañar.*.

● *Art. 91. El asegurador responde* ***por los daños causados exclusivamente por el granizo a los frutos y productos asegurados****, aun cuando concurra con otros fenómenos meteorológicos.*

Es un seguro de ganancia esperada, ya que el objeto del interés es una cosecha todavía no levantada que, en ese estado, constituye solo una esperanza. La cobertura se limita a los daños producidos por la caída de granizo, excluyendo el daño por cualquier otro fenómeno meteorológico concurrente.

● *Art. 92. Para* ***valuar*** *el daño se calculará el valor que habrían tenido los frutos y productos al tiempo de la cosecha si no hubiera habido siniestro, así como el uso a que pueden aplicarse y el valor que tienen después del daño. El asegurador pagará la diferencia como indemnización.*

Se establece la imposibilidad de valuar el daño con anticipación.

● *Art. 93. La* ***denuncia*** *del siniestro se remitirá al asegurador en el* ***término de tres días****, si las partes no acuerdan un plazo mayor.*

● *Art. 94. Cualquiera de las partes puede solicitar la* ***postergación de la liquidación del daño hasta la época de la cosecha****, salvo pacto en contrario.*

● *Art. 95. El asegurado puede realizar antes de la determinación del daño y sin consentimiento del asegurador, sólo aquellos cambios sobre los frutos y productos afectados que no puedan postergarse según normas de adecuada explotación.*

● *Art. 96. En caso de* ***enajenación del inmueble*** *en el que se encuentran los frutos y productos dañados, el asegurador puede rescindir el contrato sólo después de vencido el periodo en curso, durante el cual tomó conocimiento de la enajenación. La disposición se aplica también en los supuestos de locación y de negocios jurídicos por los que un tercero adquiere el derecho a retirar los frutos y productos asegurados.*

En estos casos hay un cambio del titular del interés.

● *Art. 97. Los artículos 90 a 96 se aplican al* ***seguro de daños causados por helada***.

**Seguro de animales:**

● *Art. 98 Puede asegurarse* ***cualquier riesgo*** *que afecte la* ***vida o salud de cualquier especie*** *de animales.*

● *Art. 99. En el seguro de* ***mortalidad de animales****, el asegurador indemnizar  el daño causado por la muerte del animal o animales asegurados, o por su incapacidad total y permanente si así se conviene.*

● *Art. 100. El seguro* ***no comprende*** *los daños, salvo pacto en contrario:*

1. *Derivados de epizootía o enfermedades por las que corresponda al asegurado un derecho a indemnización con recursos públicos, aun cuando el derecho se hubiera perdido a consecuencia de una violación de normas sobre policía sanitaria;*
2. *Causados por incendio, rayo, explosión, inundación o terremoto;*
3. *Ocurridos durante o en ocasión del transporte, carga o descarga.*

● *Art. 101. En la aplicación del Art. 80 el asegurador se subrogará  en los derechos del asegurado por los* ***vicios redhibitorios*** *que resulten resarcidos.*

● *Art. 102. El asegurador tiene D a* ***inspeccionar y examinar*** *los animales asegurados en cualquier tiempo y a su costa.*

● *Art. 103. El asegurado* ***denunciará al asegurador dentro de las 24 horas, la muerte del animal y cualquier enfermedad o accidente que sufra,*** *aunque no sea riesgo cubierto.*

● *Art. 104. Cuando el animal asegurado enferme o sufra un accidente, el* ***asegurado dará inmediata intervención a un veterinario****, o donde éste no exista, a un práctico.*

● *Art. 105. El asegurado* ***pierde el D*** *a ser indemnizado si* ***maltrató o descuidó gravemente*** *al animal, dolosamente o por culpa grave especialmente si en caso de enfermedad o accidente* ***no recurrió a la asistencia veterinaria*** *(Art. 104) excepto que su conducta no haya influido en la producción del siniestro ni sobre la medida de la prestación del asegurador.*

● *Art. 106. El asegurado* ***no puede sacrificar*** *al animal* ***sin consentimiento*** *del asegurador, excepto que:*

1. *Sea dispuesto por la autoridad;*
2. *Según, las circunstancias sea tan urgente que no pueda notificar al asegurador. Esta urgencia se establecerá  por dictamen de un veterinario, o en su defecto, de dos prácticos.*

*Si el asegurado no ha permitido el sacrificio ordenado por el asegurador, pierde el derecho a la indemnización del mayor daño causado por esa negativa.*

● *Art. 107. La indemnización se determina por el* ***valor del animal fijado en la póliza****.*

Este es inmodificable por acuerdo de partes, salvo que el asegurador demuestre que la suma asegurada supera notablemente el valor del bien objeto del interés.

● *Art. 108. El asegurador responde por la muerte o incapacidad del animal ocurrida* ***hasta un mes después de extinguida la relación contractual****, cuando haya sido causada por enfermedad o lesión producida durante la vigencia del seguro. El asegurado debe pagar la prima proporcional de tarifa.*

*El asegurador* ***no tiene derecho a rescindir el contrato*** *cuando alguno de los animales asegurados ha sido afectado por* ***una enfermedad contagiosa cubierta***.

**Seguro de responsabilidad civil:**

- **Seguro obligatorio del automotor**: Características generales:

* La obligatoriedad es respecto de una cobertura mínima.
* Cubre la responsabilidad objetiva del conductor o propietario.
* Se prevé la acción directa de la víctima contra el asegurador.
* Se crea un fondo de garantía para cuando el seguro no opere por problemas de la aseguradora.

Ley de Tránsito: Art. 68: “*Seguro obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a 3°, transportados o no... Este seguro obligatorio será anual y podrá contratarse con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo... Los gastos de sanatorio o velatorio de 3°, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego*...”.

● *Art. 109. El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado* ***por cuanto deba a un 3°*** *en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido*.

Es un seguro de daños, cuyo *objeto* es *todo el patrimonio* del asegurado como destinatario eventual de la acción de un 3° con causa en su responsabilidad civil. El *hecho dañoso* cae directamente en el partimonio de un 3° como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual o extracontractual imputable de forma directa o indirecta al asegurado, e indirectamente en el patrimonio del asegurado, cuando pueda o deba ser responsabilizado por las consecuencias de tal incumplimiento. El *siniestro*, entonces, es la reclamación del 3°. El *riesgo cubierto* es la eventual responsabilidad civil del asegurado proveniente de un hecho o actividad prevista en el contrato.

La *prestación del asegurador* consiste en mantener indemne en patrimonio del asegurado en caso de producirse el hecho generador de responsabilidad previsto. Esto supone la satisfacción del reclamo del 3°, como también las eventuales costas judiciales y extrajudiciales.

El *valor asegurable* puede estar determinado concretamente, por estar relacionado con un bien particular, o estar indeterminado, como ocurre en los supuestos de responsabilidad extracontractual.

La opinión mayoritaria en doctrina considera que la *ocurrencia del siniestro* se da con el reclamo del 3°.

● *Art. 110. La* ***garantía del asegurador comprende****:*

1. *El pago de los* ***gastos y costas judiciales*** *y* ***extrajudiciales*** *para resistir la pretensión del 3 . Cuando el asegurador deposite en pago la suma asegurada y el importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento, dejando al asegurado la dirección exclusiva de la causa, se liberará de los gastos y costas que se devenguen posteriormente;*
2. *El pago de las* ***costas*** *de la defensa en el* ***proceso penal*** *cuando el asegurador asuma esa defensa.*

El asegurador debe cubrir los gastos y costas ya que su obligación es mantener indemne el patrimonio del asegurado. El asegurado, para esto, debe dejar la dirección del proceso en manos del asegurador, quien debe aceptarla. La dirección del proceso incluye la facultad de transar. Igualmente, el asegurador puede ser citado en garantía por el asegurado, y verse afectado en tal caso por la cosa juzgada.

● *Art. 111. El pago de los* ***gastos y costas*** *se debe en la medida que fueron necesarios. Si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción. Si se devengaron en causa civil mantenida por decisión manifiestamente injustificada del asegurador, este debe pagarlos íntegramente. Las se aplican aun cuando la pretensión del 3° sea rechazada.*

● *Art. 112. La* ***indemnización*** *debida por el asegurador* ***no incluye las penas*** *aplicadas por* ***autoridad judicial o administrativa****.*

● *Art. 113. El seguro de responsabilidad por el ejercicio de una* ***industria o comercio****, comprende la* ***responsabilidad de las personas con funciones de dirección****.*

Es decir que queda incluida la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes, y la responsabilidad personal de quienes tienen a su cargo la gestión del ejercicio empresarial.

● *Art. 114. El asegurado* ***no tiene derecho a ser indemnizado*** *cuando provoque* ***dolosamente o por culpa grave*** *el hecho del que nace su responsabilidad.*

● *Art. 115. El asegurado* ***debe denunciar el hecho*** *del que nace su eventual responsabilidad en el término de* ***3 días de producido****, si es conocido por él o debía conocerlo; o desde la reclamación del 3°, si antes no lo conocía. Dará noticia inmediata al asegurador cuando el 3° haga valer judicialmente su derecho.*

● *Art. 116. El asegurador cumplirá la condenación judicial en la parte a su cargo en los términos procesales. El asegurado no puede reconocer su* ***responsabilidad******ni*** *celebrar* ***transacción*** *sin anuencia del asegurador. Cuando esos actos se celebren con intervención del asegurador, éste entregará los fondos que correspondan según el contrato en término útil para el cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas. El asegurador no se libera cuando el asegurado, en la interrogación judicial, reconozca* ***hechos*** *de los que derive su responsabilidad.* (Es decir que mientras que no puede reconocer su responsabilidad sin eximir al asegurador, el asegurado sí puede reconocer los hechos de los que esta deriva).

● *Art. 117. El asegurador* ***puede examinar las actuaciones*** *administrativas o judiciales motivadas o relacionadas con la investigación del siniestro y* ***constituirse en parte civil en la causa criminal****.*

● *Art. 118. El* ***crédito del damnificado*** *tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil.*

*El damnificado puede* ***citar en garantía*** *al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador.*

*La sentencia que se dicte hará* ***cosa juzgada respecto del asegurador*** *y* ***será ejecutable*** *contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia* ***el asegurador no podrá  oponer las defensas nacidas después del siniestro****.*

*También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos.*

Opera una “sustitución” del asegurado por la víctima respecto de la suma asegurada, ya que el asegurador no debe reembolsar al asegurado, ni otorgarle las sumas para que pague sino que debe ponerlas a disposición del 3°. Efectivizada la citación en garantía, la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador, y le será ejecutable. El asegurador puede ser citado por el 3° o el asegurado, y también se admite su presentación espontánea en el juicio. Frente a la citación, la aseguradora puede no comparecer, permaneciendo rebelde, o comparecer, oponiendo o no defensas.

● *Art. 119. Si existe* ***pluralidad de damnificados****, la indemnización debida por el asegurador se distribuirá a prorrata. Cuando se promuevan 2 o más acciones, se acumularan los procesos por el juez que previno.*

● *Art. 120. Cuando se trata de un* ***seguro colectivo de personas*** *y el contratante toma a su exclusivo cargo el pago de la prima, se puede convenir que el seguro cubre en primer término su responsabilidad civil respecto de los integrantes del grupo y que el saldo corresponde al beneficiario designado*.

 **Seguro de transporte:**

● *Art. 121. El seguro de los* ***riesgos de transporte por tierra*** *se regirá por las disposiciones de esta ley, y subsidiariamente por las relativas a los seguros marítimos. El seguro de los riesgos de* ***transporte por ríos*** *y aguas interiores se regirá por las disposiciones relativas a los seguros marítimos con las modificaciones establecidas en los artículos siguientes. El* ***asegurador puede asumir cualquier riesgo*** *a que estén expuestos los vehículos de transporte, las mercaderías o* ***la responsabilidad del transportador****.*

● *Art. 122. El asegurador* ***no responde*** *de los daños si el viaje se ha efectuado sin necesidad por* ***rutas o caminos extraordinarios*** *o de una* ***manera que no sea común****.*

● *Art. 123. El seguro se puede convenir* ***por tiempo o por viaje****. En ambos casos el asegurador indemnizará el daño producido después del plazo de garantía si la prolongación del viaje o del transporte obedece a un siniestro cubierto por el seguro.*

● *Art. 124. Cuando se trate de vehículos de* ***transporte terrestre****, el* ***abandono*** *sólo será posible si existe pérdida total efectiva. El abandono se hará  en el plazo de 30 días de ocurrido el siniestro. Para los medios de transporte fluvial y de aguas interiores se aplican las reglas del seguro marítimo.*

● *Art. 125. Cuando el seguro se refiere a la* ***responsabilidad del transportador*** *respecto del pasajero, cargador, destinatario o 3°, se entiende comprendida la responsabilidad por los hechos de sus dependientes u otras personas por las que sea responsable.*

● *Art. 126. Cuando se trate de* ***mercaderías*** *salvo pacto en contrario, la indemnización se calcula sobre su precio en destino, al tiempo en que regularmente debieron llegar. El lucro esperado sólo se incluir  si media convenio expreso. Cuando se trate de* ***vehículos*** *de transporte terrestre la indemnización se calcula sobre su valor al tiempo del siniestro. Esta norma no se aplica a los medios de transporte fluvial o por aguas interiores.*

● *Art. 127. El asegurador no* ***responde por el daño debido a la naturaleza intrínseca de la mercadería****, vicio propio, mal acondicionamiento, merma, derrame, o embalaje deficiente. No obstante, el asegurador responde en la medida que el deterioro de la mercadería obedece a demora u otras consecuencias directas de un siniestro cubierto. Las partes pueden convenir que el asegurador no responde por los daños causados por simple culpa o negligencia del cargador o destinatario*.

**Seguro de personas:** Garantizan el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor del asegurado. La cobertura responde a una necesidad abstracta, y se traduce en el pago de una suma de dinero convenida anticipadamente.

**Seguro de vida:** Se configura cuando la garantía del asegurador y el pago de la prima se calculan sobre la duración de la vida humana. Modalidades:

* Para caso de muerte: la prestación se supedita al fallecimiento. El riesgo es la desaparición física del asegurado.
* Para el caso des sobrevida respecto del tiempo estipulado.
* Mixto: cubre ambos riesgos.

Se busca, a través de estos seguros, evitar el eventual estado de necesidad económica o virtual desamparo que tales eventos pueden provocar en la persona del asegurado o de los beneficiarios.

● *Art. 128. El seguro se puede celebrar* ***sobre la vida del contratante o de un 3°****. Los menores de edad mayores de 18 años tienen capacidad para contratar un seguro sobre su propia vida sólo si designan beneficiarios a sus ascendientes, descendientes cónyuge o hermanos, que se hallen a su cargo.*

*Si cubre el* ***caso de muerte****, se requerirá  el consentimiento por escrito del 3° o de su representante legal si fuera incapaz. Es* ***prohibido para el caso de muerte de los interdictos y de los menores de 14 años****.*

*● Art. 129. En el seguro de vida de un 3° se tomará en cuenta el conocimiento y la conducta del contratante y del 3°.* Es común la realización de un cuestionario y un examen médico en los seguros sobre la vida o salud. Esto no exime al 3° y al contratante de su deber de informar.

*● Art. 130. Transcurridos 3 meses desde la celebración del contrato, el asegurador no puede invocar la reticencia, excepto cuando fuere dolosa.*

*● Art. 131. La* ***denuncia inexacta de la edad*** *sólo autoriza la rescisión por el asegurador, cuando la verdadera edad exceda los límites establecidos en su práctica comercial para asumir el riesgo.*

*Cuando la* ***edad real sea mayor****, el capital asegurado se reducirá  conforme con aquélla y la prima pagada.*

*Cuando la* ***edad real sea menor*** *que la denunciada el asegurador restituirá  la reserva matemática constituida con el excedente de prima pagada y reajustar  las primas futuras.*

*● Art. 132. Sólo se debe denunciar la* ***agravación del riesgo*** *que obedezca a motivos específicamente previstos en el contrato.* En estos seguros, el riesgo es progresivo, de modo que no pueden considerarse agravaciones las circunstancias propuestas o previsibles.

*● Art. 133. Los* ***cambios de profesión o de actividad*** *del asegurado autorizan la rescisión cuando agravan el riesgo de modo tal que de existir a la celebración, el asegurador no habría concluido el contrato.Si de haber existido ese cambio al tiempo de la celebración el asegurador hubiera concluido el contrato por una prima mayor, la suma asegurada se reducirá  en proporción a la prima pagada.*

*● Art. 134. El asegurado puede* ***rescindir*** *el contrato sin limitación alguna después del 1° período de seguro. El contrato se juzgará rescindido si no se paga la prima en los términos convenidos. El 3° beneficiario a título oneroso, se halla facultado para pagar la prima.*

*● Art. 135. El* ***suicidio voluntario*** *de la persona cuya vida se asegura,* ***libera al asegurador****, salvo que el contrato haya estado en vigor ininterrumpidamente por 3 años.*

Quedan excluidos los casos en que el suicidio se realice en un estado mental tal, que no permita a la persona dirigir el acto, o comprender sus acciones. Se debe tener en cuenta que la normalidad mental se presume. El asegurador responderá cuando el suicidio voluntario se produjo después de 3 años ininterrumpidos de seguro.

*● Art. 136. En el seguro sobre la vida de un 3°, el asegurador se libera* ***si la muerte ha sido deliberadamente provocada por un acto ilícito del contratante****. Pierde todo derecho el* ***beneficiario******que provoca deliberadamente la muerte*** *del asegurado con un acto ilícito.*

*● Art. 137. El asegurador se libera si la persona cuya vida se asegura,* ***la pierde en empresa criminal o por aplicación legítima de la pena de muerte****.*

*● Art. 138. Transcurridos 3 años desde la celebración del contrato y hallándose el asegurado al día en el pago de las primas, podrá  en cualquier momento exigir, de acuerdo con los planes técnicos aprobados por la autoridad de contralor que se insertarán en la póliza:*

1. *La* ***conversión del seguro*** *en otro saldado por una suma reducida o de plazo menor;*
2. *La* ***rescisión****, con el pago de una suma determinada.*

La progresividad de los riesgos hace que, en los primeros tiempos, la prima resulte mayor al riesgo, para lograr su uniformidad durante toda la vigencia del seguro. Ese mayor valor determina un capital excedente por riesgos futuros el cual, sumado a la renta de su inversión, produce la denominada “reserva matemática”. En consecuencia, a los tres años, esta reserva permite pagarle al asegurado una suma determinada, convertir el seguro en otro íntegramente pagado, o prestarle al asegurado una determinada suma.

*● Art. 139. Cuando en el caso del Art. precedente el asegurado interrumpa el pago de las primas* ***sin manifestar opción*** *entre las soluciones consignadas dentro de un mes de interpelado por el asegurador, el contrato se convertirá automáticamente en un seguro saldado por una suma reducida.*

*● Art. 140. Cuando el asegurador se libera por cualquier causa después de transcurridos 3 años, se aplica lo dispuesto en el Art 9.*

*● Art. 141. Cuando el asegurado se halla al día en el pago de las primas tiene derecho a un* ***préstamo*** *después de 3 años desde la celebración del contrato; su monto resultará de la póliza. Se calculará según la reserva correspondiente al contrato, de acuerdo a los planes técnicos del asegurador aprobados por la autoridad de contralor. Se puede pactar que el préstamo se acordará automáticamente para el pago de las primas no abonadas en término.*

Si bien se emplea el término “préstamo”, en realidad se trata de un anticipo del valor de rescate, sin perjuicio de que se pueda convenir su devolución a los efectos de la rehabilitación del contrato.

*● Art. 142. No obstante la reducción prevista en los Art. 138 y 139, el asegurado puede, en cualquier momento, restituir el contrato a sus términos originarios con el pago de las primas correspondientes al plazo en el que rigió la reducción, con sus intereses al tipo aprobado por la autoridad de contralor de acuerdo a la naturaleza técnica del plan y en las condiciones que determine.*

**En beneficio de un 3°:**

*● Art. 143. Se puede pactar que el* ***capital o renta a pagarse en caso de muerte, se abone a un 3°*** *sobreviviente, determinado o determinable al momento del evento. El 3° adquiere un* ***derecho propio*** *al producirse el evento. Cuando su designación sea a título oneroso, podrá  fijarse un momento anterior.*.

*Excepto el caso en que la designación sea a título oneroso, el contratante puede revocarla libremente aun cuando se haya hecho en el contrato.*

El 3° a favor del cual se establece el seguro de muere se denomina *beneficiario*, y no es parte de la relación contractual. El beneficiario puede serlo a título gratuito (no se considera que hay animus donandi sino que hay una satisfacción de un deber moral) u oneroso. El contratante tiene que tener plena capacidad para designar beneficiario, y respecto a éste no opera la incapacidad para recibir a título gratuito.

Cuando el beneficiario es a título gratuito, adquiere derecho al capital recién al producirse el siniestro, como derecho propio y no hereditario. Si lo es a título oneroso, la designación es irrevocable mientras perdure la relación obligacional que le sirve de causa. Es decir que el beneficiario oneroso adquiere el derecho propio a partir del momento previsto, que puede ser anterior a la fecha del siniestro. El beneficiario a título gratuito debe sobrevivir al instituyente para tener derecho al pago del capital.

*● Art. 144. Los* ***herederos legítimos*** *del asegurado tienen D a la* ***colación o reducción*** *por el monto de las* ***primas pagadas****.*

Se busca preservar la legítima de los herederos forzosos en los casos de beneficiarios a título gratuito.

*● Art. 145. Designadas* ***varias personas sin indicación de cuota parte****, se entiende que el beneficio es por* ***partes iguales****.*

*Cuando se designe a los* ***hijos*** *se entiende* ***los concebidos y los sobrevivientes*** *al ocurrir el evento previsto.*

*Cuando se designe a los* ***herederos****, se entiende* ***a los que por ley suceden al contratante****, si no hubiere otorgado testamento; si lo hubiere otorgado, se tendrá  por designados a los* ***herederos instituidos****. Si no se fija cuota parte, el beneficio se distribuir* ***conforme a las cuotas hereditarias****.*

*Cuando el contratante* ***no designe beneficiario*** *o por cualquier causa la designación se haga ineficaz o quede sin efecto, se entiende que* ***designó a los herederos****.*

*● Art. 146. La* ***designación de beneficiario*** *se hará****por escrito sin formalidad*** *determinada aunque la póliza indique o exija una forma especial. Es válida aunque se notifique al asegurador después del evento previsto.*

*● Art. 147. La* ***quiebra o el concurso civil*** *del asegurado no afecta al contrato de seguro. Los acreedores sólo pueden hacer valer sus acciones sobre el crédito por rescate ejercido por el fallido o concursado o sobre el capital que deba percibir si se produjo el evento previsto.*

El contrato de seguro no se incorpora al haber que deba liquidar la masa de acreedores del asegurado, porque tales derechos no pasan a su patrimonio. Solo tienen acción estos entonces contra las sumas efectivamente ingresadas, por rescate o por producción del evento dañoso.

*● Art. 148. Las disposiciones de este capítulo se aplican al contrato de seguro para el caso de muerte, de supervivencia, mixto, u otros vinculados con la vida humana en cuanto sean compatibles por su naturaleza*.

**Seguro de accidentes personales:** Comprende las lesiones corporales que se deriven de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado. El *siniestro* es la lesión física, n o el hecho provocador. El hecho que configura la causa debe ser externo al cuerpo del asegurado, por lo que la enfermedad constituye un riesgo distinto. Debe haber una mínima incapacidad para dejar interpretar que ha operado el siniestro previsto.

El *interés asegurable* radica en prever las necesidades emergentes de la eventual incapacidad temporaria o permanente producida por un accidente.

● *Art. 149. En el seguro de* ***accidentes personales*** *se aplican los Art. 132, 133 y 143 a 147 inclusive, referentes al seguro sobre la vida.*

● *Art. 150. El asegurado en cuanto le sea posible,* ***debe impedir o reducir las consecuencias*** *del siniestro, y observar las instrucciones del asegurador al respecto, en cuanto sean razonables.*

● *Art. 151. Cuando el siniestro o sus consecuencias* ***se deben establecer por peritos****, el dictamen de éstos no es obligatorio si se aparta evidentemente de la real situación de hecho o del procedimiento pactado. Anulado el peritaje la verificación de aquellos extremos se hará****judicialmente****.*

● *Art. 152. El asegurador se* ***libera*** *si el asegurado o el beneficiario provoca el accidente dolosamente o por culpa grave o lo sufre en empresa criminal*.

**Seguro colectivo:** Es una forma de contratación que permite la cobertura de un grupo homogéneo y esencialmente variable. Se celebra por un tomador, quien solo puede ser asegurado en las condiciones Art. 146. El plazo de vigencia suele ser breve, y se trata de un caso de seguro a favor de un 3°.

● *Art. 153. En el caso de contratación de* ***seguro colectivo*** *sobre la* ***vida o de accidentes personales*** *en interés exclusivo de los* ***integrantes del grupo****, éstos o sus beneficiarios tienen un derecho propio contra el asegurador desde que ocurre el evento previsto.*

● *Art. 154. El contrato fijará las* ***condiciones de incorporación al grupo*** *asegurado que se producirá cuando aquellas se cumplan. Si se exige* ***examen médico previo****, la incorporación queda supeditada a esa revisación. Esta se efectuará por el asegurador dentro de los 15 días de la respectiva comunicación.*

● *Art. 155. Quienes* ***dejan de pertenecer definitivamente al grupo asegurado****, quedan excluidos del seguro desde ese momento, salvo pacto en contrario.*

● *Art. 156. El* ***contratante del seguro colectivo puede ser beneficiario del mismo, si integra el grupo*** *y por los accidentes que sufra personalmente, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 120. También puede ser beneficiario el contratante cuando tiene un interés económico lícito respecto de la vida o salud de los integrantes de grupo, en la medida del perjuicio concreto*.

**Seguro marítimo y aeronáutico:**

● *Art. 157. Las disposiciones de este título se aplican a los* ***seguros marítimos y de la aeronavegación****, en cuanto no esté previsto por las leyes específicas y no sean repugnantes a su naturaleza. También se aplican al seguro obligatorio de vida de empleados del Estado y al seguro del espectador y personal de espectáculos deportivos, salvo las disposiciones que contradigan tales leyes especiales o a su naturaleza.*

*Los* ***seguros mutuos*** *se rigen por las disposiciones de este título, excepto las normas que sean contrarias a su naturaleza*.

**Obligatoriedad de las normas:**

● *Art. 158. Además de las normas que* ***por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables****,* ***no se podrán variar por acuerdo de partes los Art.*** *5, 8, 9, 34 y 38 y* ***sólo se podrán modificar en favor del asegurado los Art.*** *6, 7, 12, 15, 18 (2° párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140.*

*Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario*.

**Reaseguro:** Es un contrato de seguro por el cual un 3° cubre total o parcialmente, mediante el pago de una prima, el riesgo económico que asume el asegurador, por los seguros celebrados con sus clientes. Su fin es el fraccionamiento y distribución de las consecuencias económicas de los riesgos asumidos. Es una especie de seguro de responsabilidad civil, al cubrir el patrimonio del asegurado por las indemnizaciones que debe afrontar en razón de los contratos celebrados. El *interés* es entonces mantener indemne el patrimonio frente a la celebración de los contratos. El reaseguro total no se da en la práctica; se reaseguran pólizas o conjuntos determinados de ellas para casos de riesgos extraordinarios; y en general se realiza un reaseguro general, que funciona como póliza flotante respecto de los seguros de una rama determinada, que se incorporen a partir de las respectivas “declaraciones de alimentos”.

Tienen como *presupuesto* la existencia de un contrato de seguros originario. Manteniéndose siempre, sin embargo, la autonomía de ambos seguros. En consecuencia, el asegurador es el único obligado frente al reasegurador.

● *Art. 159. El asegurador puede, a su vez* ***asegurar los riesgos asumidos****, pero es el único obligado con respecto al tomador del seguro. Los contratos de* ***retrocesión*** *u otros por los cuales el reasegurador asegura, a su turno los riesgos asumidos, se rigen por las disposiciones de este Título.*

La retrocesión es la operación por la cual el reasegurador reasegura, a su vez, los riesgos o pérdidas que excedan su capacidad financiera. Es decir, es un “reaseguro de 2° grado”.

● *Art. 160. El* ***asegurado*** *carece de acción contra el reasegurador. En caso de* ***liquidación voluntaria o forzosa*** *del asegurador, el conjunto de los asegurados gozará de* ***privilegio especial*** *sobre el saldo acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador.*

● *Art. 161. En caso de* ***liquidación voluntaria o forzosa*** *del asegurador o del reasegurador, se compensarán de pleno derecho las deudas y los créditos recíprocos que existan, relativos a los contratos de reaseguro.*

*La compensación se hará efectiva teniendo en cuenta para el cálculo del crédito o débito la fecha de rescisión del seguro y reaseguro, la obligación de reembolsar la prima en proporción al tiempo no corrido y la de devolver el depósito de garantía constituido en manos del asegurador.*

● *Art. 162. El reaseguro se rige por las disposiciones de este Título y las convenidas por las partes.*

**Robo de automotor. Rechazo del reclamo por falta de pago: improcedencia. Responsabilidad de la empresa aseguradora. "Idabour, Ernesto c. La Continental Cía. de Seguros Generales":** Idalbour, quien sufriera el robo de su vehículo, efectuó el reclamo ante su compañía aseguradora. Ésta justificó el rechazo en la falta de pago e inexistencia de póliza vigente a la fecha al momento del hecho. Lo cierto es que el seguro habíase contratado por intermedio de un productor, determinándose que las cuotas serían debitadas de la tarjeta de crédito, empero, habiéndose anotado mal los números de la tarjeta, los pagos jamás fueron percibidos por la aseguradora.

La Cámara hizo lugar al pedido. Habiéndose exteriorizado la falta de pago de la prima por parte del asegurado y la vigencia de la póliza por un lapso prolongado de tiempo durante el cual no hubo desembolsos de su parte, oportunidad en la cual la aseguradora nada dijo respecto a dicha situación, corresponde acotar la responsabilidad de aquella ante el siniestro y graduarla en función de su reproche a cada parte por las conductas que exhibieron en la especie.

Corresponde admitir la demanda por cobro de la indemnización por robo del vehículo asegurado respecto del cual no se pagaron las primas, ya que si bien resulta imposible saber quién cometió el error en relación a los números de la tarjeta de crédito utilizada para realizar el pago, resulta reprochable al asesor de seguros que haya gestionado telefónicamente la obtención de una información tan importante, no habiéndose probado que el asegurado hubiera dado tales datos en forma incorrecta.

El productor asesor de seguros es un representante de la empresa aseguradora, lo que hace que las omisiones no justificadas y el desempeño negligente de sus funciones extiendan su responsabilidad a ella.

**CONTRATO DE SEGURO. Accidente de tránsito. Rechazo de demanda contra la aseguradora. Facultades del Productor de Seguros. Inhabilidad para suscribir el certificado de cobertura "CONTRERAS, Diógenes Gabriel C/ HABERKONN, Leonardo Rubén s/ Daños y Perjuicios" - BAHIA BLANCA**: Quien le extendió el certificado de cobertura al actor no estaba autorizado para hacerlo. De hecho, ni siquiera intenta el actor controvertir esta verdad; sólo busca responsabilizar igualmente a la compañía aseguradora por el hecho de haber facilitado a su productor el programa de computación con cuya utilización se emitió a favor de la actora el "certificado de cobertura”.

Entre las funciones de los productores de seguros, reguladas por el art. 10 de la ley 22.400, no surge la posibilidad de emitir pólizas por la compañía. Tampoco surge esto del art. 53 de la ley 17.418. No hay dudas: quien le extendió el certificado de cobertura al actor no estaba autorizado para hacerlo.

La doctrina de la apariencia se basa en el principio de buena fe, que debe primar en toda relación jurídica. Lo que postula esta doctrina es que, dadas determinadas circunstancias, la "apariencia de D" se transforma en "D". Hay varios supuestos legislativos de aplicación de la doctrina de la apariencia, resultando paradigmático el caso del art. 1051 CC: A pesar de que el efecto de la nulidad es que quedan sin ningún valor los derechos reales o personales constituidos a través del acto nulo o anulado, quedan a salvo los de los 3° adquirentes de buena fe y a título oneroso. Como ellos adquirieron bajo la "apariencia de D", la ley les otorga el D. Desde mi óptica, la doctrina de la apariencia sólo puede ser aplicada en los casos previstos expresamente por la ley, como el mentado, mas no puede extenderse a otros; y en la especie, como se vio, está legalmente determinado que los productores de seguros no pueden emitir pólizas ni certificados de cobertura. La seguridad jurídica se vería seriamente lesionada si se admitiera lo contrario.

Tampoco se aplican las reglas del mandato aparente porque la aseguradora brindó a su productor un programa de computación para emitir certificados de cobertura cuando la ley indica que la documentación que hace al seguro debe ser suscripta por la compañía aseguradora y no por el productor.-

**Seguro: exclusión de responsabilidad de la aseguradora por culpa grave del conductor no asegurado. Improcedencia. “Vega Pérez, Mariano F. y otra contra Coll, Rubén Gustavo y otro. In-demnización por daños y perjuicios”. SCBA**: La citada en garantía al ser traída a juicio opuso la defensa de falta de legitimación, alegando que el siniestro fue provocado por “culpa grave” –ebriedad- del conductor, lo que constituye una causal de exclusión de cobertura conforme la póliza. Los accionantes, sostuvieron que no se verificó la “culpa grave” invocada y que la cláusula no era válida por oponerse al Art. 114 LNS. La compañía recurrió la sentencia de origen afirmando que la cláusula tenía plena validez; agregando que el único su-puesto (excepcional) en que el asegurador debe cubrir la culpa grave del conductor es cuando éste es dependiente del asegurado, mas tal no es la hipótesis de autos.

**Negri, Salas:** La alzada exime erróneamente de su obligación a la compañía aseguradora, por no encontrar probada la relación de dependencia, introduciendo así, una cuestión que no fue planteada por la aseguradora al excepcionarse. El **a quo** al hacer lugar a la exclusión de cobertura de la citada en garantía en base a circunstancias que no habían sido planteadas oportunamente ha obrado en infracción a su competencia.

**Lázzari, Hitters, Roncoroni, Soria y Kogan:** Tratándose de seguros de responsabilidad civil, el art. 114 LNS establece que **el asegurado** no tiene D a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad. El contrato que nos ocupa **extendió los alcances** de la exclusión al **conductor** del vehículo. Corresponde determinar la validez de dicha extensión, a la luz de lo que dispone el art. 158: ‘**sólo se podrán modificar a favor del asegurado los artículos ... 114’.**

**Lo que las partes hayan autoregulado no podrá significar un orden particular contrapuesto y lesivo al del legislador,** porque en todo caso, la conformación de la voluntad ha de respetar las regulaciones jurídicas imperativas que modifican **ab initio** la presunta autonomía. No pueden caber dudas acerca de la jerarquía prevalente de la norma legal imperativa sobre la meramente contractual. En esas condiciones, el art. 158 LSN dispone que las previsiones del art. 114 sólo se podrán **modificar a favor** del asegurado. **El conductor, en el caso, no es el asegurado**.

En el presente caso, el deudor de tal obligación aduce una cláusula limitativa en relación a la actuación del conductor, exención que la ley no autoriza. Por tanto, eximir al asegurador conforma quebrantamiento de la normativa legal y vaciamiento del derecho imperativo por mera autoridad privada. Ningún valor posee la estipulación del contrato frente a la prohibición de la ley. Refleja tan sólo la posición dominante de una de las partes en sacrificio del principio de la buena fe.

**Pettigiani:** Puede afirmarse que **la normativa que regula la materia tuvo en miras un concepto de “asegurado” en sentido amplio** (al legislar el Art, 114), orientado más hacia el sujeto que resulta ser el titular de un interés asegurado al momento del siniestro, que a la persona que celebró el contrato con el asegurador.

Aquí el tomador ha contratado con la compañía para mantenerse patrimonialmente indemne (tiene un interés propio y es asegurado), mas resulta que a la vez aseguró -con idéntico alcance- el patrimonio de un 3° que eventualmente puede resultar civilmente responsable (el conductor autorizado), quien no resulta sólo un “beneficiario” de la póliza. Por eso, en el caso existen “dos” asegurados (el tomador y el conductor autorizado), constituyendo la indemnidad de sus patrimonios personales la causa del contrato.

Así las cosas, la cláusula 20 le resulta oponible a quien manejaba el móvil con autorización, porque es uno de los “asegurados” comprendidos en el art. 114 de la ley 17.418, y ha incurrido en la causal de exclusión de cobertura prevista en tal disposición legal.

**Ley de Transporte de Pasajeros: Franquicia:** La Ley Nacional de Tránsito es la que impone la necesidad de un seguro obligatorio de responsabilidad civil frente a 3° por los eventuales daños que pudiera ocasionar el dueño o guardián del automóvil, y, asimismo, dispone que su contratación debe realizarse de acuerdo a las condiciones que fije la SSN. Dentro de este régimen, la SSN dictó el reglamento mediante la resolución 25.429/97, estableciendo que el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de $ 40.000. En consecuencia, la franquicia (absoluta) legalmente prevista opera como un límite consistente en una fracción del riesgo no cubierta por la cual el asegurado debe participar en cada acontecimiento dañoso cubierto por la póliza con $ 40.000.

Al respecto, existen dos posturas en jurisprudencia y doctrina:

**● Dicha franquicia NO es oponible al 3° damnificado (CNVIV en pleno)**: En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Res. Nº 25.429/97- no es oponible al damnificado (transportado o no).

El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista.-

De interpretarse con tales alcances, esta franquicia desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro de responsabilidad que exige la ley 24.449. La función del contrato de seguro queda desnaturalizada, no sólo porque no se contemplan los derechos del asegurado, en procura de su indemnidad, sino que primordialmente se ven afectados los intereses de los damnificados por accidentes de tránsito, desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños, constituyendo una violación implícita de la finalidad económico jurídica de tal contratación

Es cierto que, en la previsión del art.68 se tiende a asegurar la protección de la víctima del tránsito automotor, por encima de la indemnidad del responsable. También lo es que la cobertura de quien hace del transporte de personas el objeto de una actividad lucrativa, debe superar lo exigible a todo conductor o propietario de automotores afectados a uso particular.- Por lo tanto, de admitirse una franquicia de semejante relevancia -$40.000-, en el fondo, *se estaría vaciando de real contenido la obligación del Art.68 de la citada Ley de tránsito,* norma ésta que, por lo demás, es de orden público y no puede ser modificada ni por la voluntad de las partes contratantes ni por la reglamentación del organismo de contralor referido. En todo caso se autorizará una acción de repetición del asegurador contra el asegurado por el monto de la franquicia.

**● La franquicia ES oponible al 3° damnificado (CSJN):** Aun cuando el monto indemnizatorio debido por una empresa de transporte, en concepto de reparación de los daños y perjuicios sufridos por un pasajero, puede resultar inferior a la franquicia pactada con la compañía aseguradora, no es posible desconocer la validez de ella en tanto no se plantee la inconstitucionalidad de la res. 25.429/97 de la SSN, que autorizó a las empresas de transporte automotor de pasajeros a celebrar contratos de seguros con franquicias.

De acuerdo con el art. 109 ley 17.418, el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor autorizado, por cuanto deban a un 3° como consecuencia de daños causados por el vehículo objeto del seguro, por cada acontecimiento ocurrido durante la vigencia del contrato. En tales condiciones, y atento a que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes, y está destinado a reglar sus derechos (arts. 1137 y 1197 CC), y el damnificado reviste la condición de 3°, si desea invocarlo debe circunscribirse a sus términos, pues los contratos tienen un efecto jurídico relativo y los efectos se producen exclusivamente entre las partes, y no pueden afectar a 3° (arts. 1195 y 1199 CC).

El contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Debe ser interpretado el término propiedad desde la perspectiva constitucional: comprensivo de todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad.

El acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima en un accidente de tránsito es un principio constitucional que debe ser tutelado. El instituto de la franquicia no es incompatible con este principio, sino que, por el contrario, beneficia a las víctimas al estar enfocado en la prevención. Cuando se afirma que la víctima está perjudicada por la franquicia, y que ello la hace inoponible, se modifica una regla básica del D civil. La libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien ha celebrado ese contrato.

**● Ambas posiciones** utilizan diversos argumentos que invocan, básicamente, razones de prelación normativa, principios de razonabilidad, equidad y buena fe contractual, alcances de la relación contractual, etc. Ambas posiciones, sin embargo, consideran relevantes las consecuencias de las soluciones jurídicas que se adopten e invocan argumentos consecuencialistas a la hora de resolver.

Desde este enfoque, la **función de la franquicia sería minimizar el problema de *moral hazard***–pérdida de incentivos para evitar el daño por parte del asegurado-. Sin embargo, contrariamente a lo que algunos juristas suelen argumentar, la oponibilidad de la franquicia a la víctima no siempre cumple tal función.

Cuando el dañador es solvente, con cualquiera de las dos soluciones se puede alcanzar el mismo resultado, dado que el asegurador podrá ejercer la acción de repetición contra el asegurado y recuperar lo pagado más allá del límite del contrato. Al contrario, si el asegurado es insolvente, aquella función no se cumplirá en ningún caso: sea que esta se considere oponible o inoponible a la víctima. Además, si existe riesgo de que el dañador sea insolvente, la opción de considerar a la franquicia inoponible a la víctima es preferible a la alternativa de la oponibilidad, por razón de costos *de tomar en cuenta* la probabilidad de insolvencia.

Así, puede concluirse que la solución más próxima a la eficiencia -contrariamente a lo que a veces se ha predicado- sería la inoponibilidad de la franquicia a la víctima. Y, para quienes sostienen que esta solución sería preferible por ser la más equitativa – en tanto garantiza la reparación a los terceros damnificados -, esto demostraría que una solución eficiente no necesariamente debe oponerse a una solución equitativa