



Principios generales de la responsabilidad objetiva por riesgo

Jorge M. Galdós y Ezequiel Valicenti

SUMARIO: I. Introducción. — II. El desarrollo y la fuerza expansiva de la teoría del riesgo. Su incorporación en el Código Civil y Comercial. — III. La responsabilidad por riesgo o vicio de las cosas. Antecedentes. — IV. Los principios generales de la responsabilidad por riesgo en el Código Civil y Comercial. — V. Síntesis conclusiva.

➔ El riesgo creado opera como norma de cierre de la responsabilidad objetiva. El art. 1757 del Código Civil y Comercial constituye la norma de reenvío a la que remiten las disposiciones específicas de otras responsabilidades especiales o agravadas, tanto del sistema general de la responsabilidad civil como de las leyes especiales y de los microsistemas. Sus directivas constituyen la plataforma a la cual debe acudir para delimitar y completar la responsabilidad objetiva prevista en los diferentes microsistemas.

I. Introducción

Efectuaremos algunas reflexiones acerca de la responsabilidad por riesgo en el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), conforme la normativa de los arts. 1757, 1758 y concs. CCyC. De este modo retomamos anteriores consideraciones vertidas incluso al estudiar también el art. 1113 del Código Civil derogado (en adelante, Cód. Civil) (1), así como los aspectos atinentes a la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas (2). Nos proponemos efectuar una síntesis de los principios generales que rigen la responsabilidad objetiva por riesgo en el nuevo sistema de responsabilidad civil.

II. El desarrollo y la fuerza expansiva de la teoría del riesgo. Su incorporación en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial trata la responsabilidad objetiva por riesgo creado y por vicio de las cosas y por las actividades riesgosas o peligrosas en una sección es-

pecífica: la Sección 7ª denominada “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”, que está emplazada en el capítulo 1º de la “Responsabilidad civil” y que tiene tres artículos (arts. 1757, 1758 y 1759 del Libro III “Derechos Personales”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”).

En esa sección se regulan tres supuestos: a) la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas; b) la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas; c) la responsabilidad por daños causados por animales. Todos ellos tienen como común denominador el hecho de constituir hipótesis de responsabilidad objetiva, proveniente de fuente contractual o extracontractual, en los que la culpa del agente es irrelevante o indiferente para atribuirle el deber de reparar, y en los que la eximente opera en el ámbito de la relación causal, ya que el sindicado como responsable sólo se exonera total o parcialmente acreditando el hecho del damnificado, de un tercero por el que no debe responder, el caso fortuito o fuerza mayor, o la imposibilidad absoluta de cumplimiento no imputable (arts. 1721 a 1724, 1729 a 1733, CCyC). De modo que en tales casos no alcanza con la prueba del obrar diligente o de la no culpa del responsable presunto y, en cambio, deberá alegar y acreditar la ruptura total o parcial del nexo causal entre el hecho de la cosa riesgosa o de la actividad y el daño producido (arts. 1726, 1727, 1728 y concs., CCyC).

La novedad más importante del nuevo esquema es la incorporación de la responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas (por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización). La introducción en el art. 1757, CCyC, implica la recepción de la jurisprudencia y la doctrina desarrollada en las últimas décadas y constituye la culminación definitiva de la denominada *fuerza expansiva* del riesgo. Es que en el

sistema del Código derogado —y como lo repetimos varias veces— el riesgo creado previsto en el art. 1113, Cód. Civil se erigió en un factor de atribución de la responsabilidad objetiva de marcada fuerza expansiva, constituyó una norma de ruptura con relación a la responsabilidad subjetiva, y de remisión o reenvío de la responsabilidades especiales y de las agravadas, tanto de las previstas en el derecho común (las propias del Código Civil) como de las responsabilidades típicas de la legislación microsistémica. La jurisprudencia generó una rica casuística que extendió de modo creciente la aplicación del riesgo creado a: los supuestos en los que intervenían cosas, estén o no en movimiento (es decir, las cosas inertes o inanimadas); a las cosas con dañosidad intrínseca o extrínseca; al riesgo propio o habitual de las cosas y al extraordinario; a las actividades riesgosas con cosas y, para cierta jurisprudencia, para la actividad, aun sin la intervención de cosas. En definitiva, la evolución jurisprudencial muestra un incremento notorio de los supuestos de hecho que se juzgaban con base objetiva (3).

III. La responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas. Antecedentes

Es importante recordar que los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial dan cuenta que la tarea codificadora se concretó sobre la base de los consensos de la doctrina y de la jurisprudencia, y de los proyectos de reformas anteriores, especialmente del denominado Proyecto de Código Civil y Comercial del año 1998 (4). La responsabilidad civil fundada en el riesgo creado, y particularmente en el riesgo o en el vicio de las cosas, fue receptada en todas las propuestas de cambio legislativo: a) el Proyecto de 1954 elaborado por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, bajo la dirección de Jorge Llambías (art. 1089 y 1090); b) el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Cá-

mara de Diputados de la Nación de 1987 (art. 1113); c) el Proyecto elaborado por la Comisión creada por el Poder Ejecutivo por decreto 468/92 (art. 1590); d) el Proyecto de Reformas al Código Civil Argentino elaborado en 1993 por la Cámara de Diputados de la Nación (arts. 1084 y 1087); f) el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 (arts. 1661 a 1666, 1634, 1667, entre otros especiales).

A ello agregamos el impacto de la reforma del año 1968 en el anterior art. 1113, Cód. Civil. Se trató de un gran avance en la materia, que estructuró el esquema general de responsabilidad civil en tres categorías: 1) *daños causados por el hombre, sin intervención de cosas*: se trataba de un supuesto de atribución subjetiva de responsabilidad en el que la carga de la prueba de la culpa incumbía a la víctima y el sindicado como responsable triunfaba si el actor no lograba acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad civil, lo que comprendía obviamente el factor de atribución (arts. 512 y 1109, Cód. Civil); 2) *daños causados por el hombre valiéndose o utilizando una cosa*, en los que la cosa es un mero instrumento del hecho del hombre (“daño con la cosa”, art. 1113, Cód. Civil, segundo párrafo, primer supuesto): se trataba de un supuesto de responsabilidad subjetiva presumida, en el que la carga de la prueba de la ausencia de culpa recaía en el sindicado como responsable, quien se liberaba demostrando su “no culpa”, es decir, acreditando un hecho positivo, esto es, que había asumido una conducta diligente conforme la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar; 3) *daños causados por el riesgo o vicio de las cosas* (art. 1113, Cód. Civil, segundo párrafo, segundo supuesto) en los que mediaba una presunción de responsabilidad (algunos autores sostenían que era de adecuación causal), por lo que el sindicado como res-

➔ CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. Principios generales de la responsabilidad objetiva por riesgo

Jorge M. Galdós y Ezequiel Valicenti 1

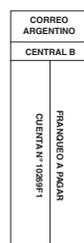
NOTA A FALLO. Medidas cautelares para compradores por boleto de compraventa en un fideicomiso inmobiliario

Silvio V. Lisopravski 6

JURISPRUDENCIA

FIDEICOMISO. Denuncia de incumplimiento de contrato. Compraventa inmobiliaria. Embargo preventivo. Procedencia de la medida. Verosimilitud del incumplimiento (CNCiv.) .6

JUICIO POR JURADOS. Jurado estancado. Ausencia de acusación fiscal. Actuación de oficio. Carácter acusatorio del proceso. Ley 14.543 de la Provincia de Buenos Aires. Violación de la garantía del debido proceso legal. Nulidad de la sentencia que condenó al imputado por el delito de homicidio (TCasación Penal, Buenos Aires) 10



CORREO ARGENTINO

CENTRAL B

FRANQUEO A MAZAR
CUENTA N° 10888-1

Principios generales de la responsabilidad objetiva por riesgo

● VIENE DE TAPA

ponsable debía acreditar la concurrencia de las eximentes previstas en la norma: la culpa de la víctima, la culpa de un tercero, el uso de la cosa contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, o el caso fortuito o fuerza mayor. Al actor le bastaba con probar la legitimación, el hecho, el carácter riesgoso o vicioso de la cosa, la relación causal y el daño. Empero en la práctica, y en muchos supuestos, mediaba una flexibilización probatoria, toda vez que acreditada la intervención de una cosa operaban a favor de la víctima las presunciones de causalidad (es decir, que el daño derivaba de la cosa) y del carácter riesgoso o vicioso de la cosa (es decir, que el daño tenía origen en el riesgo o del vicio de la cosa).

En cuanto a esta última hipótesis, al daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, la doctrina entendía que esa categoría comprendía tres supuestos diferentes: 1) los daños causados por cosas que son, por su propia naturaleza, riesgosas o peligrosas, es decir, cuando conforme a su estado natural, pueden causar un peligro a terceros; 2) los daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada mediante la utilización de empleo de una cosa que, no siendo peligrosa o riesgosa por naturaleza, ve potenciada esa aptitud para generar daños por la propia conducta del responsable que multiplica, aumenta o potencia las posibilidades de dañosidad; 3) los daños causados por actividades riesgosas, sin intervención de cosas; 4) los daños causados por las responsabilidades y por los riesgos agravados —vgr: residuos peligrosos (ley 24.052), por daños nucleares (leyes 17.048 y 25.313); la del propietario de una mina (art. 58, Código de Minería); los provocados en el Transporte Aéreo Nacional (ley 17.285), entre otras— (5). Agregamos, por último, que la segunda hipótesis —el daño causado “con la cosa”, asentado sobre una presunción de culpa—, carecía de aplicación práctica, pues, como consecuencia de la mencionada fuerza expansiva del riesgo creado, los supuestos de hecho habían sido desplazados hacia la responsabilidad objetiva por riesgo o vicio (6).

IV. Los principios generales de la responsabilidad por riesgo en el Código Civil y Comercial

IV.1. Las normas y las hipótesis previstas

Como ya señalamos, el Código dedica una sección especial a la *responsabilidad por hecho de las cosas* y por *ciertas actividades*, calificadas como riesgosas o peligrosas. El art. 1757 define el instituto y el art. 1758 los legitimados pasivos:

Art. 1757: Hecho de las cosas y actividades riesgosas. *Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.*

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Art. 1758: Sujetos responsables. *El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.*

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

Se advierte que el actual art. 1757, CCyC, comprende dos supuestos de aplicación de un factor de atribución objetivo: a) la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas; b) la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas (calificadas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización) (7).

Por otra parte, la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (arts 1708, 1716, 1717, 1721, 1722, 1723, 1724 y concs., CCyC) supone que el régimen de responsabilidad objetiva se aplica indistintamente a ambas fuentes del deber de resarcir, es decir, tanto a los casos en que media violación del deber de no dañar a otro, como a los supuestos en que se verifica el incumplimiento de una obligación (arts. 1749, 1082, 1716 y concs., CCyC).

En el caso específico de los daños derivados del riesgo o vicio de las cosas (primer supuesto) se mantienen las dos hipótesis de

responsabilidad objetiva derivadas de la intervención de cosas. Sobre el punto, bajo el régimen anterior, sostuvo la Corte Suprema de Justicia que el riesgo “presupone la eventualidad posible de que una cosa llegue a causar daño” y el vicio “un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal” (8). Por otro lado “la contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por su naturaleza, en tanto y en cuanto por las especiales circunstancias del caso dado, haya resultado apta para llegar a ocasionar el perjuicio, haya podido tener efectiva incidencia causal en su producción” (9).

Con relación al riesgo, vale aclarar que, contrariamente a lo sostenido por calificados autores, no creemos que sea un error “la inexistencia de definición o conceptualización del factor riesgo creado” (10), ya que a diferencia de categorizaciones de anteriores proyectos (por caso, el Proyecto de 1998), los textos incorporados no sólo simplifican la cuestión sino que recogen las opiniones prevalecientes en la doctrina y jurisprudencia.

En lo atinente a la segunda hipótesis, esto es, la derivada del vicio (defecto originario o derivado de la cosa), es interesante observar que muchos artículos del Código hacen referencia a supuestos particulares, marcando así su diferencia conceptual con el riesgo. Así el art. 1051 inc. b), CCyC, alude a los vicios redhibitorios; el art. 1286, CCyC, se refiere al vicio de la cosa transportada; el art. 1376, CCyC, sobre las cosas dadas en depósito, e igualmente el art. 1413, CCyC, referido a las cosas guardadas en cajas de seguridad; los arts. 1256 inc. d) y 1273, CCyC, identifican el vicio de los materiales o del suelo en el contrato de obra; entre otros.

La otra hipótesis general de riesgo incorporada en el art. 1757, CCyC, es la responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas. Se trata de dos supuestos emparentados pero diferentes: la actividad riesgosa, por un lado, y la peligrosa, por el otro. Los antecedentes del Código Italiano de 1942 (art 2050) y del Código Civil paraguayo (art 1846) y los proyectos de reformas anteriores se referían a las actividades peligrosas, sin alusión a la actividad riesgosa, prevista en cambio en el Proyecto de 1987. En los congresos jurídicos se acudió mayormente a la actividad peligrosa, sin diferenciarla de la riesgosa (11). Pese a lo que entiende una calificada corriente de opinión, según la cual se trata de una única figura (la actividad riesgosa o peligrosa) a la que puede aludirse utilizando uno de los adjetivos o ambos de manera conjunta (12), entendemos que las dos hipótesis poseen autonomía conceptual y se diferencian.

Según el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) “peligroso” significa “*que tiene riesgo o puede ocasionar daño*”. Por su lado “peligro” si bien tiene una significación emparentada con el riesgo (importa la “*contingencia inminente de que suceda algún mal*”) también se refiere al “*obstáculo o situación que aumenta la inminencia del daño*”. Esta última caracterización, “la situación que puede causar daños”, revela que la actividad trasciende el marco de la intervención o participación de una cosa y que riesgo y peligro de la actividad operan complementándose porque comprenden también “situaciones”, como equivalente —según el mismo Diccionario— al “*conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento*”.

El Código vigente no define a la actividad riesgosa o peligrosa, sino sólo enumera tres supuestos que la califican: la naturaleza de la actividad, los medios empleados y las circunstancias de su realización. La actividad riesgosa o peligrosa se constituye con una conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica, que puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas —aunque esto no es excluyente—, y de las que se desprende riesgo (la inminencia de daño) o peligro (la situación que puede generar daño) (13).

Las actividades riesgosas *por su naturaleza* son las intrínsecamente dañosas, o sea, las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. En ellas el daño constituye una consecuencia constitutiva propia o inherente de la actividad; el daño está naturalmente asociado a ella, y si bien adoptando las medidas de seguridad adecuadas es evitable, se trata de una contingencia con un alto grado de probabilidad de producción. En la jurisprudencia se ha considerado que “*las actividades peligrosas por las circunstancias de su realización son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra*” (14). En este caso el daño es producido no tanto por la actividad en sí misma, sino por las modalidades, particularidades o maneras de su realización. Y por último, la actividad es riesgosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere peligrosidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado (15).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GALDÓS, Jorge M., “El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado (el anterior art. 1113 Código Civil)” en RCyS 2015-4, p. 176; ídem, “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3 - Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, p. 345; ídem, “Comentario a los arts. 1757 a 1759”, en LORENZETTI, Ricardo (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. VIII, p. 575; ídem, “La función resarcitoria, el daño y el riesgo creado” en Rivera, Julio C. (dir) y Mediana, Graciela (coord.) - *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, La Ley, Bs. As., 2012, p. 891; “Responsabilidad por hecho de las cosas y el riesgo” en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Máximos Precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Bs. As., 2014, t. III, p. 105; ídem, “La evolución de la teoría del riesgo creado” en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-3 - Creación de riesgo-I, Rubinzal-Culzoni, p. 55; ídem, “¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sársfield?”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II p. 427.

(2) Remitimos a GALDÓS, Jorge M. (con la colabo-

ración de Ezequiel A. Valicenti), “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, LALEY, 23/3/2016 y “La responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas y por las actividades riesgosas o peligrosas en el Código Civil y Comercial (el art 1757, CCCN)” (inédito, en obra colectiva en prensa).

(3) Ver el análisis de supuestos efectuados en PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y extracontractual. Parte General”, La Ley, Bs. As. 2006, t. I, p. 72; JALIL, Julián E., “El riesgo de la cosa y las cosas riesgosas”, en La Ley Litoral 2011 (febrero), p. 111.

(4) Hemos efectuado un análisis más detallado en GALDÓS, Jorge M., “El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado (el anterior art. 1113 Código Civil)”, cit.; ídem, “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación”, cit.

(5) Ver PIZARRO, Ramón D., “Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial”, en RCyS, 1999-305; ídem, “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa...”, cit., t. I, p. 73, nota 164; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 341.

(6) Una opinión más restrictiva y crítica es propicia-

da por MOISÁ, Benjamín, “El enigma del artículo 1113”, en MOISSET DE ESPANÉS, Luis (et al.), *Reparación de daños y responsabilidad civil*, Zavallá, Bs. As., 2009, t. 3, p. 189.

(7) Respecto a los aspectos relativos a la legitimación pasiva previstos en el art 1758 e, igualmente, para los principios generales que regulan la responsabilidad civil objetiva y sus eximentes reenviamos a nuestros “Comentario a los arts. 1757 a 1759”, en LORENZETTI, Ricardo (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., t. VIII, p. 575.

(8) CS, “O’Mill, Alan c. Prov. del Neuquén”, del 19/11/1991, en Jurisprudencia Argentina 1992-II-153 y Fallos 314:1512. Ver además, CS, “Machicote Ramón c/ Empresa Rojas S.A.”, del 28/4/92, en DT 1993-A-555; CS, “Castro Susana c/ Amadeo Quiroga Transportes S.A.”, del 4/10/94, en JA 1995-I-294, con nota de Isidoro Goldenberg.

(9) TRIGO REPRESAS, Félix, “El concepto de cosa riesgosa”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie I-Anuarios-Anales-Segunda época, Año XXXIX, N.º. 32-1994, Bs. As. 1995, p. 367.

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad

civil en el Proyecto de 2012”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Proyecto de Código Civil y Comercial, 2012-3, p. 464.

(11) Conf. II Jornadas de Derecho Civil, 1965, *Universidad Nacional del Nordeste*, Corrientes; *Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Dr. Roberto H. Brebbia*, Rosario 6 y 7 de Noviembre de 1986.

(12) CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad por actividades riesgosas”, en Márquez, José F. (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Zavallá, Bs. As., 2015, t. 2, p. 126, OSSOLA, Federico, “Responsabilidad Civil” en RIVERA, Julio - MEDINA, Graciela (directores), *Derecho Civil y Comercial*, Ed Abeledo-Perrot, Bs. As., 2016, p. 303.

(13) Remitimos a los trabajos citados *supra*, en la nota n.º 2

(14) TS Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Arias de Fernandez Blanca c/ Tagle (h) y Cía SA”, del 6/9/2004, cit. por ROITMAN, Horacio - CHIAVASSA, Eduardo N., “El riesgo en los proyectos de reforma al Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-3 - Creación de riesgo-I, p. 333.

(15) CNCiv., Sala H., 29/5/1997, “S., J.B. c/ Espejar S.A.”, LALEY, 1999-C, 722.

En definitiva, y para lo que aquí interesa, la noción de actividad exorbita la propia del riesgo o vicio de las cosas porque comprende aquellos supuestos en los que puede prescindirse del rol gravitante de la cosa en sí misma para trasladarse a la actividad entendida como conjunto, combinación o sumatoria de acciones, conductas, comportamientos o trabajos.

IV.2. La supresión del daño con la cosa

Una nota sobresaliente del nuevo régimen es la supresión de la categoría de la responsabilidad por “daño con la cosa” (art. 1113, segunda parte del Cód. Civil derogado). Como dijimos antes, se trata de llevar al plano normativo la situación fáctica que se verificaba jurisprudencialmente. Es por ello que la supresión del daño con las cosas ha tenido acogida favorable por la mayoría de la doctrina (16), sin perjuicio de que algunas opiniones mantienen cierta reserva (17).

En este punto medió un expreso apartamiento al Proyecto de 1998 al no consagrarse un supuesto equivalente al de las “cosas sin riesgo propio” que contemplaba una presunción de culpa (art. 1667, Proyecto de 1998). Ello es así más allá de que los títulos de la Sección 7ª (del Título V, del Capítulo 1 del Libro Tercero) y de los arts. 1757 y 1758, CCyC, podrían dar lugar a una interpretación distinta ya que si bien están tomados del Proyecto de 1998 el contenido normativo es sustancialmente diferente. Un rápido examen comparativo con la terminología tomada del mencionado Proyecto aclara el tema: la actual Sección 7ª se titula “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades” y fue reproducida de la Sección Décima del Libro IV (“De los Derechos Personales”), Título V (“De otras fuentes de las obligaciones”) Capítulo I (“Responsabilidad Civil”) del Proyecto de 1998; por su lado, el art. 1757, CCyC, se denomina “Hecho de las cosas y de las actividades riesgosas” modificando así parcialmente el título del art. 1661 del Proyecto de 1998 que se denominaba “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”.

Se advierte entonces que: 1) la referencia a los hechos de las cosas y actividades se justificaba en el Proyecto de 1998, porque comprendía dos supuestos distintos, la responsabilidad objetiva por el daño proveniente del riesgo propio de las cosas y de las actividades especialmente peligrosas, y la responsabilidad fundada en la culpa presumida para las cosas sin riesgo propio. Ahora el Cód. Civil y Comercial suprimió ese distinción y sólo hay riesgo o vicio de las cosas, y actividad riesgosa o peligrosa, totalmente equiparadas; 2) en el Cód. Civil y Comercial las eximentes son iguales para todos los supuestos previstos en el art. 1757; 3) fortalece esta interpretación el agregado de las “actividades riesgosas” en el título del citado art. 1757, CCyC, que modifica la referencia a “ciertas actividades” del art. 1661 del Proyecto de 1998. Por estos motivos consideramos que los títulos de la sección 7ª y del art. 1757, CCyC, deben leerse como referidos a la responsabilidad civil derivada de la intervención del riesgo o vicio de las cosas (en reemplazo de la responsabilidad civil derivada de la intervención cosas del Proyecto de 1998, que se refería a dos categorías distintas).

IV.3. El riesgo creado en las orbitas de responsabilidad: unidad y singularidad

Una de las más significativas modificaciones introducidas en el nuevo Código, es la aplicación de la teoría del riesgo tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual. Los arts. 1757 y 1758, CCyC, se aplican indistintamente a ambas esferas, como consecuencia de la unificación de la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional (la denominada responsabilidad contractual) y la proveniente de la vulneración de deber de no dañar a otro (la responsabilidad extracontractual). No obstante, debe tenerse presente que la unificación o equiparación de la responsabilidad contractual y extracontractual no significa homogeneidad, pues hay diferencias que subsisten, como lo dicen los Fundamentos del Anteproyecto (18).

En tal sentido es importante el art. 1082, CCyC, cuya primera parte dispone: “la reparación del daño [contractual], cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo [en referencia al Capítulo 13, “Extinción, modificación y adecuación del contrato” del Libro Tercero “Derechos Personales” del Título II “Contratos en General”], en el Título V de este Libro [en referencia a “Otras fuentes de las obligaciones”], y en las disposiciones especiales para cada contrato...”. Sin embargo una correcta hermenéutica del artículo supone seguir el siguiente orden de prelación normativa: 1) en primer lugar, las disposiciones de cada contrato en particular (por ejemplo, contrato de transporte, de caja de seguridad, de hotelería, etc.); 2) luego, las disposiciones del capítulo de los contratos (Libro Tercero “Derechos Personales”, Título II “Contratos en general”, Capítulo 13, “Extinción, modificación y adecuación del contrato”); 3) y al final, las disposiciones generales de la responsabilidad civil (Libro Tercero “Derechos Personales”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1).

Esta prelación resulta de una interpretación lógica del citado art. 1082 inc. a) del CCyC, por lo cual cabe prescindir de la literalidad del texto que le asigna otro orden (primero las reglas generales de los contratos, luego las generales de la responsabilidad civil y finalmente las especiales de los contratos) y hacer prevalecer las normas especiales en materia de responsabilidad contractual, aplicándolas antes que las generales, toda vez que primero debe estarse a la tipicidad de cada tipo contractual. Bajo este esquema resulta posible atender a la singularidad del régimen de responsabilidad propio de cada tipo contractual (por ejemplo, en ciertos contratos, la única eximente es el caso fortuito o fuerza mayor ajena la actividad, como es el caso del hotelero —art. 1371, CCyC—, del propietario de casas de depósito —art. 1376, Cód. cit.— y del proveedor del servicio de caja de seguridad —art. 1413, CCyC—).

IV.4. El riesgo en el sistema general de responsabilidad civil. El art. 1757 como norma de cierre de la responsabilidad objetiva y el diálogo de fuentes con los microsistemas

En la nueva estructura de la responsabilidad civil, el riesgo creado (el riesgo y vicio de las cosas y de las actividades riesgosas o peligrosas) opera como norma de cierre de la responsabilidad objetiva, pues el art. 1757

CCCN constituye el texto legal al que remiten las disposiciones específicas de otras responsabilidades especiales o agravadas, tanto del sistema de derecho privado patrimonial como de las leyes especiales o microsistémicas.

Por ejemplo, en el sistema general, la remisión al art. 1757 del CCyC se dispone para la responsabilidad por daños causados por los animales (art. 1759), para los accidentes de tránsito (art. 1769), y así también en las responsabilidades profesionales, art. 1768, CCyC, dispone que se aplica la responsabilidad subjetiva y que cuando se emplean cosas no rigen las previsiones sobre la actividad riesgosa del art. 1557 mencionado, salvo el supuesto de vicio.

El funcionamiento del art. 1757 del CCyC como norma de cierre de la responsabilidad objetiva se verifica además en todos los supuestos especiales y agravados de responsabilidad objetiva contenidos en el mismo Código Civil y Comercial. En estos casos, aun cuando no exista remisión expresa se debe acudir a la responsabilidad objetiva por riesgo de los arts. 1757 y 1758 del Código. Por ejemplo, y como señalamos antes, al regular la responsabilidad del hotelero y la de depositario se alude indudablemente a la existencia de un “riesgo de la actividad”: la responsabilidad del hotelero comprende los daños o pérdidas de los efectos introducidos en el hotel, en el vehículo guardado en lugares del establecimiento o puesto a su disposición por él, salvo “caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera” (arts. 1370 y 1371, CCyC), mientras que por las cosas de valor extraordinario denunciadas y guardadas en caja de seguridad la responsabilidad del hotelero se limita al valor de lo declarado (art. 1372, CCyC). Estas normas del depósito necesario se aplican además a “los establecimientos y locales asimilables” (art. 1375, CCyC). Los propietarios de casas de depósito se liberan de responsabilidad por la conservación de las cosas depositadas si prueban que la pérdida, disminución o avería de las cosas se produjo por su naturaleza, vicio propio o del empaque y por caso fortuito externo a la actividad (art. 1376, CCyC), supuesto que permite concluir también en la existencia de un riesgo de la actividad de las casas de depósito. Lo mismo ocurre con la responsabilidad del transportista: se dispone que por los daños provocados a las personas transportadas, aquélla se encuentra sujeta al art. 1757 y siguientes, y se aclara que si se tratase de transporte de cosas, el transportista se libera probando “causa ajena”, considerando al “vicio propio de la cosa transportada” como tal (arts. 1286, 1293 y 1294, CCyC).

El riesgo creado también constituye una suerte de estándar o plafón básico de responsabilidad objetiva en otros supuestos de responsabilidades especiales del Cód. Civil y Comercial con fundamento en otro factor de atribución también objetivo que no sea el riesgo (garantía, equidad, etc.). Así, algunos autores sostienen que la responsabilidad objetiva de los padres se sustenta en el riesgo derivado del ejercicio de la actividad parental (no en la responsabilidad parental misma), por aplicación de los principios sobre las actividades riesgosas del art. 1757 (19). También es objetiva la responsabilidad de los establecimientos educativos por los daños causados o sufridos por los alumnos menores de edad cuando se hallen o deban hallarse

bajo el control de las autoridades (art. 1767, CCyC) (20). Lo propio ocurre cuando, tratándose de un contrato de obra, la prestación consiste en una obligación de hacer en la que se promete un “resultado concreto, con independencia de su eficacia” o un “resultado eficaz”, en los que la responsabilidad será objetiva (art. 1768, 1251, 1252, 774 incs. b y c, CCyC). También existen normas especiales, en el contrato de *leasing* (art. 1243, que limita la responsabilidad objetiva al tomador o al guardián) y en el contrato de fideicomiso (art. 1685, que hace responsable al fiduciario en los términos del art. 1757, cuando no haya contratado seguro o cuando el contratado resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o en los montos asegurados).

En lo atinente a la interrelación entre el riesgo creado y las legislaciones especiales o microsistémicas, las directivas de los arts. 1757 y 1758 del CCyC constituyen la plataforma base a la cual debe acudirse para delimitar y completar la responsabilidad objetiva prevista en los diferentes microsistemas. En otras palabras, frente a supuestos fácticos previstos en la regulación especial, la norma del art. 1757, CCyC, opera como núcleo de remisión o reenvío para la aplicación de los principios generales y la determinación de cuestiones no previstas específicamente. Vale aclarar que habrá que recurrir a los principios del art. 1757, CCyC, en los casos de responsabilidades agravadas que remiten al art. 1113 del Código derogado. Tal es lo que cabe concluir, por ejemplo, para el art. 29 de la Ley General del Ambiente (ley 25.675), del art. 40 de la ley 25.612 (residuos industriales), o del art. 45 de la ley 24.051 (residuos peligrosos), entre otros.

En definitiva, las normas generales y las específicas del Cód. Civil y Comercial y las microsistémicas remiten a los principios ordinarios y comunes de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado de las cosas y por las actividades riesgosas y peligrosas. Esta conclusión se vincula además con la ya mencionada fuerza expansiva del riesgo creado, y surge de la prelación normativa prevista en el art. 1709, CCyC, para la responsabilidad civil, y en el art. 1082, CCyC, para el derecho contractual.

IV.5. El riesgo creado y el microsistema del consumidor

La responsabilidad objetiva por riesgo prevista en el Código Civil y Comercial articula con las normas que conforman el microsistema del derecho del consumo. Esta articulación opera mediante un mecanismo específico: el diálogo de fuentes (arts. 1º, 2º, 3º y concs., CCyC), emplazado en la constitucionalización del derecho civil y en el rol del juez como garante de la unidad y coherencia del sistema de derecho privado con sustento en el juicio de ponderación de los principios constitucionales e infraconstitucionales. Tanto en el régimen del Código anterior como en el del Código actual, el sistema del derecho común relativo al riesgo o vicio de las cosas y a las actividades riesgosas y peligrosas convive con el régimen especial del derecho del consumidor. Más aún si tenemos en cuenta el incremento cuantitativo: en los hechos, muchos supuestos o casos quedan desplazados del marco normativo general

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(16) SÁENZ, Luis en CALVO COSTA, Carlos A. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil y Vélez Sarsfield y de Comercio”, La Ley, 2015, t. II, p. 746. Ver además, *Conclusiones de la Comisión Cuarta de las Terceras Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros*, celebradas en memoria de los Dres. Atilio A. Alterini y Roberto López M. Cabana (Mar del Plata 25 al 17

de octubre de 2012); FUMAROLA, Luis A., “Responsabilidad civil por el transporte de personas y cosas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, p. 429.

(17) CERUTTI, María del Carmen, “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3 - Proyecto de

Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, p. 307. La autora plantea la duda acerca si la categoría se suprimió.

(18) GALDÓS, Jorge Mario (Con la colaboración de Gustavo H. Blanco), “Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el Nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2015 - Número Extraordinario - Claves del Código Civil y Comercial”, p. 267.

(19) REYNA, Carlos A., “La responsabilidad de los padres en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de 2012”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3 - Proyecto de Código Civil y Comercial-II, p. 517.

(20) GALDÓS, Jorge M. - VALICENTI, Ezequiel A., “Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa”, en LALEY, del 1/09/2016, p. 1.

● VIENE DE PÁGINA 3

y resultan aprehendidos en el microsistema de la ley 24.240 (texto actualizado por la ley 26.361 y por la ley 26.944 de sanción del Código Civil y Comercial).

Un rápido y aproximativo repaso por los precedentes judiciales y por los aportes de la doctrina ponen de manifiesto que el marco microsistémico del consumo confiere sustento a: la responsabilidad de los servicios educativos privados (21); la de los prestadores de servicios públicos domiciliarios (22); la de los concesionarios de rutas (23); la del organizador de espectáculos deportivos (24); la derivada del contrato de transporte (25); la responsabilidad precontractual en la relación de consumo (26); la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en las relaciones de consumo (27); a la compraventa de automotores, en particular, a la responsabilidad del fabricante, del concesionario y del vendedor (28); como también a la responsabilidad de la administradora del contrato de ahorro para fines determinados (29); la responsabilidad de la empresa médica, las clínicas, hospitales y otros establecimientos asistenciales (30), así como la de las obras sociales y empresas de medicina prepaga (31); la responsabilidad de los prestadores de servicios vinculados al turismo (32); los daños provocados en el marco de un contrato de tiempo compartido (33); la responsabilidad de las entidades financieras (34) y la derivada del sistema de tarjeta de crédito (35); la responsabilidad de la aseguradora, cuando se trata de un contrato de seguro calificado como de consumo (36); la responsabilidad de los centros comerciales en general (37); entre otros muchos más.

A ello se suman las hipótesis expresamente contempladas en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y en el Cód. Civil y Comercial relativas a los daños al consumidor. Esto

es, la responsabilidad derivada del régimen de garantías de bienes fijado por la LDC en diálogo con el nuevo Código (38), así como también los daños derivados de productos defectuosos o servicios defectuosamente prestados (39). De la misma manera, quedan bajo el microsistema de consumo los daños provocados por el incumplimiento del deber de seguridad (40) que, según la jurisprudencia, abarca a los prestadores de servicios públicos, los supermercados, los restaurantes y patios de comida, los propietarios de canchas de fútbol, los concesionarios viales, los organizadores de espectáculos deportivos y de espectáculos públicos, los locales bailables, los explotadores de aerosillas, los titulares de juegos de feria, los hoteles y casas de hospedaje, entre otros (41). Ello sin perjuicio del debate acerca de si el deber de seguridad contemplado en los arts. 5 y 6 de la LDC es uno de los fundamentos de la responsabilidad consagrada en el art. 40 de LDC o si prevalece la cualidad de riesgo o vicio del producto defectuoso y la obligación de seguridad se reserva, residualmente, para el caso en que la causa del daño no sea el riesgo del producto (42).

En definitiva, en la práctica se verifica una suerte de retracción o debilitamiento cuantitativo (no cualitativo) de la aplicación directa y exclusiva de las normas sistémicas o generales que regulan la responsabilidad por riesgo de las cosas y de las actividades riesgosas y peligrosas. Ello ocurre, porque se verifica una mayor cantidad de casos comprendidos en el régimen específico de la LDC. No obstante, las normas especiales del microsistema se nutren de las reglas y principios del nuevo Código, en el marco del diálogo de fuentes y de la constitucionalización del derecho privado (arts. 1º, 2º, 3º y 7º, CCyC). La jurisprudencia más reciente pone de relieve esta estrecha vinculación sistémica y microsistémica, donde prevalece el ámbito de aplicación del derecho de consumo, que absorbe los supuestos de riesgo o vicio y, es-

pecialmente, de servicios riesgosos o peligrosos (43). Se trata —repetimos— del creciente incremento de supuestos de hecho a los que se les aplica la LDC y las normas generales del contrato de consumo (arts. 1092 a 1122, CCyC).

IV.6. *El riesgo frente a la culpa como norma residual o remanente de cierre*

El riesgo creado como norma de cierre de la responsabilidad objetiva (pto. 4.4 *supra*) no debe confundirse con la cuestión de la culpa como factor de atribución residual o remanente aplicable frente a la ausencia de normativa expresa.

El art. 1721 (factores de atribución) dispone que “*en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa*”. Los Fundamentos del Anteproyecto del nuevo Código señalan que se consagra a la culpa como *factor de atribución residual*, aplicable sólo cuando hay una laguna provocada por la falta de norma y por la imposibilidad de realizar una aplicación analógica del supuesto de hecho a los factores objetivos de atribución (44). El tema ha dado lugar a distintas opiniones. Algunos autores derechamente critican su inclusión; otros entienden que la culpa es el factor de atribución más importante, porque constituye la regla, la norma de cierre de la responsabilidad civil, mientras que la responsabilidad objetiva sólo es aplicable a los supuestos previstos específicamente. En sentido opuesto, otra postura sostiene que el principio general es la responsabilidad objetiva (y no la culpa). Finalmente la opinión que compartimos afirma que la culpa es la norma residual o remanente a la que cabe acudir en caso de laguna (vacío normativo) e imposibilidad de aplicación analógica.

En la primera tendencia Mosset Iturraspe critica enfáticamente el art. 1721, CCyC, y considera que se trata de un error, que en realidad se consagra una “culpa objetivada”,

lo que constituye una concesión al tradicionalismo jurídico y a su visión liberal-individualista (45). Alterini dice que en ese artículo se recurre a la “*técnica de combinar un principio general (hay responsabilidad cuando existe culpa) con el método de la tipicidad (también hay responsabilidad en otras situaciones abarcadas por la ley), y la culpa sigue siendo la ‘norma de clausura’ o ‘de cierre’ del sistema*” (46).

En cambio, Zavala de González afirma que la responsabilidad objetiva constituye la regla, porque el riesgo como factor de atribución fue receptado en una norma expresa y genérica (art. 1757), y no es menester su aplicación analógica. Por el contrario, según la autora, se requiere alguna norma específica que *excluya* la aplicación de éste u otros factores objetivos para que entonces allí la culpa adquiera fuerza operativa como fundamento de la responsabilidad. Según este razonamiento, el análisis debe invertirse: en lugar de pensar a la culpa como un factor de atribución que opera *en ausencia de normativa*, más bien cabe afirmar que su configuración es necesaria para justificar la responsabilidad, *porque hay normativa* que la requiere. En otras palabras, la culpa operaría como un límite de los factores objetivos de atribución y no como un fundamento subsidiario. La culpa no constituye “*llave de clausura del sistema, pues, muy por el contrario, se encuentra clausurada por operatividad de diversas soluciones jurídicas*” (47). En un sentido parecido se pronuncia Machado (48).

Bueres sostiene que en el sistema del Cód. Civil la culpa no es norma de “cierre” o “válvula”, ya que, en materia contractual, el fundamento de la responsabilidad radica en el incumplimiento sin necesidad de acudir a los factores de atribución, y en lo extracontractual, la culpa no es la regla general, porque los factores tienen la misma jerarquía (49). Empero y con relación al nuevo Código aprueba la solución entendiendo que los textos incorporados confieren paridad a los fac-

[NOTAS]

(21) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta B., “La tutela del usuario de servicios educativos privados. Aportes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, LA LEY, 2015, t. II, p. 257.

(22) MUTILIENGO, Victoria - VACCARO, Valeria, “Servicios Públicos”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. II, p. 559.

(23) ANDRADA, Alejandro D., “Obra Pública: la concesión de rutas”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. II, p. 623; GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil de los concesionarios viales y relación de consumo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit., t. II, p. 791.

(24) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. III, p. 645; MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad civil en la organización de espectáculos deportivos”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad Civil*, La Ley, Bs. As., 2013, t. III, p. 471.

(25) ARIAS, María Paula - TRIVISONNO, Julieta B., “El transporte como relación de consumo. Ferrocarriles y servicio aéreo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. II, p. 661; BENAVENTE, María I., “Responsabilidad en el transporte de personas”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad Civil*, cit., t. III, p. 659; ídem, “Responsabilidad en el transporte benévolo, clandestino y en el transporte aéreo”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad Civil*, cit., t. III, p. 711; PREVOT, Juan M., “La protección del consumidor en el transporte”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del*

consumidor comentada y anotada, cit. t. II, p. 617.

(26) SAPPPIA, M. Candelaria, “La responsabilidad precontractual en las relaciones de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. III, p. 367; NICOLAU, Noemí L., “La responsabilidad precontractual en la relación de consumo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. III, p. 591.

(27) ARIAS CÁU, Esteban J., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en las relaciones de consumo”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. III, p. 473.

(28) JALIL, Julián M., “Compraventa de automotores y Ley de Defensa del Consumidor”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. III, p. 507.

(29) NICOLAU, Noemí L., “Contrato de ahorro para fines determinados”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. II, p. 701. GHERSI, Carlos A., “Compraventa de automotores por ahorro previo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. III, p. 549.

(30) SÁENZ, Luis R., “La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. III, p. 619.

(31) CALVO COSTA, Carlos A., “Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, de las obras sociales y de las empresas de medicina prepaga”, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Responsabilidad Civil*, cit., t. III, p. 1005; JAPAZE, Belén, “Contrato de medicina prepaga y protección del consumidor”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 125.

(32) RINESSI, Juan A., “Protección del consumidor de servicios turísticos”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 199.

(33) SILVESTRE, Norma O. - LUBINIECKI, Raquel, “La protección del consumidor en el contrato de tiempo compartido”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 254.

(34) BARREIRA Delfino, Eduardo, “Protección del consumidor bancario”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 311.

(35) MARIÑO LÓPEZ, Andrés, “Protección del titular de tarjeta de crédito”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 341.

(36) COMPIANI, María Fabiana, “El contrato de seguro y la protección del consumidor”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 431; MOEYKENS, Federico, “Relación de consumo y contrato de seguro: protección jurídica del consumidor de seguros”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 465.

(37) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Los centros comerciales ante el derecho del consumo argentino”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 571.

(38) SAGARNA, Fernando A., “Garantías de bienes en el consumo y en el Código Civil y Comercial”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. III, p. 3.

(39) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad por productos y por servicios en la Ley de Defensa del Consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. III, p. 323; PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebas-

tián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 697; MÁRQUEZ, José F. - MOISSET de ESPANÉS, Luis, “Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. II, p. 763.

(40) STIGLITZ, Gabriel, “El deber de seguridad en el Derecho del Consumidor”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, cit., t. II, p. 559.

(41) Ver PREVOT, Juan M., “La obligación de seguridad en el Derecho del consumo”, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. III, p. 575.

(42) Acerca del debate, ver HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., *Comentario a los arts. 5 y 6*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PICASSO, Sebastián (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, cit. t. I, 92.

(43) SOZZO, Gonzalo, “El daño causado por el riesgo o vicio de las cosas y las actividades”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-2, p. 545

(44) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 682.

(45) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad civil en el Proyecto de 2012”, cit.

(46) ALTERINI, Atilio A., “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en LA LEY, 2012-D, 1154.

(47) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad en el nuevo Código”, Alveroni Ediciones, 2015, t. I, ps. 602-609.

(48) MACHADO, José D., “La actividad riesgosa y la responsabilidad civil” en *Revista de Derecho Laboral*, ‘El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-I’, p. 422.

(49) BUERES Alberto J., “La culpa como norma de clausura. ¿Es un postulado verdadero?”, en LA LEY, 2010-E, 1220.

tores de atribución y consagran a la culpa no como norma de cierre, sino como norma de aplicación residual, que no es lo mismo (50). En similar sentido Moro sostiene que si bien la culpa ha visto reducido su ámbito de aplicación, pues hoy cuantitativamente son mucho mayores las hipótesis de responsabilidad, lo cierto es que la culpa sigue siendo “no el ‘principio general’, sino la ‘válvula de cierre’ o ‘base mínima’ del sistema” (51). Nosotros —en esta orientación— hemos sostenido anteriormente que la culpa convive, se integra y se complementa con la responsabilidad objetiva y que el sentido del art. 1721, CCyC, no es el de asignarle el carácter de principio general (en cuyo caso la responsabilidad objetiva operaría como excepción), sino el de factor de atribución remanente o residual al que cabría acudir en casos más bien limitados. Siguiendo las directivas de los Fundamentos del Anteproyecto entendemos se deberá acudir a la culpa recién en caso de: 1) vacío legal en el Código Civil y Comercial y en la legislación especial y; 2) de laguna interpretativa por la imposibilidad de acudir a la analogía en la legislación común y en la especial (52). Por ello creemos que esta norma no significa ni debilitar la función del riesgo creado, ni hacer prevalecer un factor de atribución sobre otro, porque el sistema propicia y admite que ambos (culpa y riesgo) se completen entre sí.

IV.7. El riesgo y los presupuestos de la responsabilidad civil. Vigencia de las directivas específicas del régimen anterior

En el sistema del Código Civil y Comercial continúan vigentes, en lo esencial, las conclusiones generales sobre los presupuestos de la responsabilidad civil y su prueba. Particularmente, son de aplicación al nuevo régimen las directivas referidas a la imputación de responsabilidad objetiva y sus eximentes.

Según la inveterada doctrina, en el caso de daño por riesgo o vicio de la cosa, media una presunción de responsabilidad, que determina que el sindicado como responsable tenga que acreditar la concurrencia de una causa ajena (art. 1722, CCyC), es decir, la existencia de hecho del damnificado (art. 1729), caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730), el hecho de un tercero por quien no se debe responder (art. 1731) o la circunstancia de que la cosa haya sido en contra de su voluntad expresa o presunta (art. 1757, 2º párr.). La prueba de las eximentes debe ser fehaciente e indubitable, dada la finalidad tuitiva de la norma. Una vez acreditado el riesgo de la cosa, el sindicado como responsable debe asumir un rol procesal activo para demostrar la causa ajena y exonerarse total o parcialmente (conf. arts. 1722, 1729, 1730, 1731 y 1734, CCyC).

Vale recordar que para eximirse de responsabilidad con fundamento en la conducta

de la víctima [“hecho del damnificado”, según la terminología del art. 1729 del CCyC, norma de la que se ha destacado su formulación (53)] basta, en principio, el “mero hecho”, sin que se requiera la culpabilidad de la víctima, salvo que la ley o el contrato lo dispongan expresa y excepcionalmente. Por ello, debe tener aptitud “para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho” y “revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor” (54). La Corte nacional decidió, en el caso de la responsabilidad objetiva por el deber de seguridad del transportista, que la culpa de la víctima se configura cuando el damnificado asumió un “rol activo” en la producción del daño (55).

Recordemos además que un sector de la jurisprudencia requiere, como presupuesto previo, la invocación o alegación de las eximentes de modo específico. Por ejemplo, se ha dicho que “al no haber denunciado expresamente la accionada cuál fue la conducta de la víctima, interruptiva del nexo causal, no resultaba factible acceder a la prueba del supuesto de hecho, fundamento de la defensa articulada; tornando —dicha circunstancia— inviable la invocación de la eximente” (56). Otro sector menos riguroso admite la producción de prueba, aun en defecto de alegación.

En la legislación especial y en las responsabilidades agravadas, el régimen de las eximentes tiene un régimen específico en cada caso. Por ejemplo, la ley 24.051 de Residuos Peligrosos presume que todo residuo peligroso es cosa riesgosa (art. 45) y asigna responsabilidad a su generador por la creación del riesgo (art. 22) sin que quede liberado “por la transformación, especificación, desarrollo, evolución o tratamiento” del residuo, salvo mayor peligrosidad de un residuo determinado como consecuencia de un tratamiento defectuoso efectuado en la planta de tratamiento o disposición final (art. 48). No se admite la invocación de la culpa del tercero cuando su “acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso” (art. 47). Además el transportista de residuos peligrosos es considerado guardián (art. 31). La Ley General del Ambiente N° 25.675 sólo exonera de responsabilidad demostrando que los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, sin mediar culpa concurrente del sindicado como responsable; y pese a haber adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo (art. 29). La ley 24.557 de Riesgos de Trabajo establece que el empleador sólo se liberará en caso de dolo (art. 39.1), lo que la Corte nacional declaró inconstitucional. El Código de Minería determina la responsabilidad del propietario de la mina, aunque los perjuicios provengan de caso fortuito (arts. 161 y 248). En materia de daños nucleares se limita la

prueba liberatoria a la culpa grave o dolo de la víctima (artículo IX, párr. 2) y a la fuerza mayor consistente en “conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección” (art. IV, párr. 3.a) (Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 ratificada por la ley 17.048 de 1966). El dueño o guardián de un residuo peligroso no se exime de responsabilidad con la prueba de la culpa de un tercero, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso (arts. 40, 41, 43, 42, ley 25.162 de residuos industriales).

En términos prácticos, al actor le basta con probar la legitimación, el hecho, el carácter riesgoso o vicioso de la cosa, la relación causal y el daño. Posee también vigencia en este aspecto la flexibilización probatoria observada en la jurisprudencia anterior al nuevo Código, según la cual, acreditada la intervención de una cosa, operan en favor de la víctima las presunciones de causalidad (es decir, que el daño derivaba de la cosa) y del carácter riesgoso o vicioso de la cosa (es decir, que el daño tenía origen en el riesgo o del vicio de la cosa). Por ello, cuando se trata de daños causados por el riesgo o vicio de las cosas, en la mayoría de los casos opera una doble presunción: sobre la naturaleza riesgosa de la cosa (o sea, que la causa del daño radicaba en el riesgo o vicio de la cosa) y sobre la relación de causalidad (entre el hecho de la cosa y el daño). En palabras de la Corte Suprema, al damnificado le “basta con probar el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (57). Y si bien la carga de la prueba de la relación de causalidad incumbe a la víctima (58), se ha dicho que debe efectuarse una interpretación “menos estricta sobre el cumplimiento por la actora de la carga de la prueba de la relación causal”, apreciándola “en función de la índole y características del asunto” y con base en “un adecuado enlace de las diversas pruebas e indicios” (59).

Por otra parte, con relación al nexo de causalidad, puede ocurrir que por falta de prueba la causa del daño permanezca “desconocida” (60), no revelada, oculta, o ignorada (61) o “indefinida” (62). En tal caso la teoría del riesgo produce dos consecuencias importantes: la demanda prosperará totalmente, por el 100%, ya que es el sindicado como responsable quien debe acreditar la procedencia de la eximente asumiendo una conducta procesalmente positiva (63). La promoción de la demanda opera como una suerte de hecho cuasi constitutivo, por lo que el dueño o guardián demandado deben tener un rol activo y dinámico desde que tienen a su cargo la alegación y prueba de los hechos extintivos, invalidati-

vos u obstativos (64). La prueba de la eximente debe ser clara (65), demostrada en forma asertiva (66), concluyente (67), convincente y unívoca (68). Por otro lado, si medió demanda y reconvencción, ambas prosperarán por el total, cada una por el 100%, sin que proceda ninguna compensación o distribución causal en razón de la falta de prueba. Por ejemplo, si no se puede determinar cuál de los dos camiones que chocaron en la ruta invadió el carril contrario (69) o si el semáforo habitaba el paso con luz verde (70), la demanda y la reconvencción proceden por el total, sin perjuicio de las compensaciones que correspondan.

IV.8. La imputación plural: la imputación dual y concurrente de responsabilidad objetiva y subjetiva, y la imputación acumulada por riesgo o vicio de las cosas y por actividad riesgosa o peligrosa

Entendemos que en el sistema vigente puede mediar acumulación de factores de atribución de responsabilidad objetiva y subjetiva. Es decir, pueden concurrir la responsabilidad subjetiva de quien causa el daño (por caso, el conductor del automotor), junto a la responsabilidad objetiva —por el riesgo de la cosa o de la actividad— de quien resulta ser el dueño o guardián (de la cosa riesgosa o viciosa, es decir, del automóvil) o de quien se sirve, obtiene provecho o realiza la actividad riesgosa (por ejemplo la actividad organizada para la prestación del servicio de remise) (71). Continúa siendo admisible entonces una imputación dual y concurrente de responsabilidad (riesgo creado más culpa), sin que la responsabilidad objetiva por riesgo creado excluya la responsabilidad subjetiva del sindicado como responsable. Se trataba, y se trata también ahora, de la aplicación armónica de ambos presupuestos en los que la culpa y el riesgo, como factores subjetivos y objetivos de responsabilidad, se integran y complementan entre sí, sin primacía ontológica de uno por sobre el otro (pues ambos tienen la misma jerarquía cualitativa).

Por lo demás, la imputación plural de responsabilidad subjetiva junto a la responsabilidad objetiva también puede identificarse en el caso de actividades riesgosas o peligrosas. Por ejemplo, en la responsabilidad objetiva derivada de siniestros viales que anticipamos referencialmente es posible pensar en que al fundamento tradicional (riesgo o vicio de la cosa, en este caso el automotor) se le adicione, en el caso concreto, la responsabilidad derivada de la actividad involucrada [por ejemplo, transporte de carga, como sostuvo la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en la causa “Bogado” (72)]. Ello trae apa-

CONTINÚA EN PÁGINA 6

NOTAS

(50) BUERES, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en RCyS 2013-II-5; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado”, en RCyS, 2015-II, 5.

(51) MORO, Emilio, “Daños punitivos y responsabilidad personal de administradores societarios. ¿Pueden los consumidores accionar directamente contra directores de sociedades anónimas, gerentes de SRL o contra cualquier otro administrador de sociedades mercantiles”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNANDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del consumidor*, La Ley, 2015, t. III, ps. 442-446.

(52) Remitimos a GALDÓS, Jorge M., “La culpa como norma de clausura”, en RCyS 2013-III (Portada). Vázquez Ferreyra entiende que el nuevo Código regula los factores de atribución conforme la opinión mayoritaria y más moderna en la materia (ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Aspectos generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código de derecho privado”, cit.)

(53) PIZARRO, Ramón D., “Eximentes a nivel causal”, en MÁRQUEZ, José F. (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Zavalla, Bs.As., 2015, t. 1, p. 137.

(54) CS, “Santamaría, María del Carmen c/ Ferrocarriles Argentinos”, del 13/11/90, en Fallos 313:1184; “Tettamanti, Raúl O. y otros c/ Baccino, Orlando y otros”, del CS, 30/4/1996, en Fallos 319:737; “Trejo, Jorge Elías c/ Stema S.A. y otros”, del CS, 24/22/2009. Ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Prueba de la culpa, de los criterios objetivos y de la relación de causa a efecto” en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3 - Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, p. 426.

(55) CS, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 30/5/2006, en JA 2006-IV-93.

(56) SCBA, “P., P. R. y otra vs. Castellano, Raúl Bernabé y otros s. Daños y perjuicios”, del 08/04/2015.

(57) CS, “Contreras Raúl Osvaldo y otros c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A.”, del 10/10/2000, en Fallos 324:1344; “Morales, Jesús del Valle c/ Transportes Metropolitanos Gral. San Martín SA”, del 23/11/2004, en Fallos 317:1336; “Rivarola, Mabel Angélica c/ Neumáticos Goodyear SA”, del 11/07/2006, en Fallos 329:2667.

(58) CS, “Melnik de Quintana, Mirna Elena y otro c/ Carafi, Juan Manuel y otros”, del 23/10/2001, en Fallos 324: 3618.

(59) CS, “Galli de Mazzochi Luisa y ot. c/ Correa Miguel”, del 09/02/2001, en JA 2002-I-22.

(60) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Doctrina Judicial. Solución de casos”, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2005, t. 4 p. 80.

(61) CCiv. y Com. Azul, Sala II, “Liberti Nestor H. y Arellano Nancy V. c/ Trinidad S.A. o La Trinidad S.A. s/ Daños y Perjuicios”, del 12/7/2013.

(62) SCBA, “Rubio, Mario c/ Municipalidad de Tornquist”, Ac. C. 114.284, del 3/10/2012; “Iglesias, María Elena contra ‘Nueva Chevallier S.A.’”, Ac. C. 102.054, del 20/5/2009; “Kary de Orgeira, Rosa c/ Milanesi, Benjamín”, Ac. C. 90.855, del 11/5/2011.

(63) SPOTA, Alberto, “La responsabilidad por choques de vehículos”, en JA 1943-II, 36.

(64) GALDÓS, Jorge M., “Los accidentes de automotores y la teoría del riesgo creado (en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Buenos Aires)”, en LALEY, 1991-C, 719; ídem, “Accidentes de automotores, la teoría del riesgo creado y las bicicletas” en LALEY, 1994-B, 71; SC Mendoza, sala 1ª, “Martínez, Jorge c. Verdaguer Correas, Carlos”, del 27/12/91, en JA 1993-I-333.

(65) CCiv. y Com. de Azul, sala II, “Peris Cort, Julio c/ Elizalde, Eduardo y otros”, del 15/12/2004.

(66) CCiv. y Com. Azul, Sala II, “Álvarez, Oscar E. c/ Pereyra, Ismael y otros”, del 11/05/06, LLBA 2006-1200.

(67) CCiv. y Com. Azul, sala II, “Borda Oscar y otros c/ Cheves, Hernán s/ Daños y perjuicios”, del 22/3/2007, LLBA (octubre) 2007, p. 1014.

(68) CCiv. y Com. Azul, sala II, “Sanucci, Ana María c/ Lasarte, Marcelo O. y otra s/ Daños y perjuicios”, del 11/6/2014, Microjuris MJJ86475

(69) SCBA, “Rubio, Mario c/ Municipalidad de Tornquist” Ac. C. 114.284, del 3/10/2012; “Iglesias, María Elena contra ‘Nueva Chevallier S.A.’”, Ac. C. 102.054, del 20/5/2009.

(70) SCBA, “Kary de Orgeira Rosa c/ Milanesi Benjamín”, del Ac. C. 90.855, 11/5/2011.

(71) Remitimos a GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad por hecho de las cosas y el riesgo”, cit.; ídem, “La evolución de la teoría del riesgo creado”, cit.; ídem, “¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sarsfield?”, cit.

(72) SCBA, “Bogado, Juan Jorge y otro vs. Toledo, Víctor Adrián y otro”, del 15/07/15, voto de la mayoría del Dr. de Lazzari, LALEY, 30/9/2015, p. 10.

● VIENE DE PÁGINA 5

rejado, como consecuencia, una ampliación, para la víctima, de los legitimados pasivos, pues al dueño o guardián —responsables por el riesgo o vicio de la cosa— se le adicionará, eventualmente, quien realiza la actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, aun cuando no revistan, con respecto a la cosa involucrada en el hecho dañoso, aquella la calidad dueño o guardián.

V. Síntesis conclusiva

A modo de cierre pueden formularse las siguientes consideraciones conclusivas:

a) El art. 1757, CCyC, prevé dos supuestos de aplicación de un factor de atribución objetivo: a) la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas; b) la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas (calificadas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización).

b) La primera de aquellas hipótesis incluye —al igual que en el régimen anterior— otros dos supuestos: a) el daño por el riesgo, es decir, la eventualidad posible de que una cosa llegue a causar daño; b) el daño por el vicio, esto es, un defecto de fabricación o fun-

cionamiento que la hace impropia para su destino normal.

c) La segunda hipótesis comprende: a) la actividad riesgosa; b) la actividad peligrosa. Se trata de dos supuestos diferentes, aunque complementarios.

d) Se suprime la categoría de responsabilidad por “daño con la cosa” (contenida en el art. 1113, segunda parte del Cód. Civil). La eliminación se corresponde con el vaciamiento que, en los hechos y la jurisprudencia, había tenido la figura al quedar desplazada por la fuerza expansiva del riesgo. Es decir, la responsabilidad objetiva por el daño derivado del riesgo o vicio de las cosas había absorbido el daño causado con la cosa, fundado en una presunción de culpa.

e) Como consecuencia de la unificación de la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional (la responsabilidad contractual) y la proveniente de la vulneración de deber de no dañar a otro (la responsabilidad extracontractual), los arts. 1757 y 1758, CCyC, se aplican indistintamente a ambas esferas de responsabilidad. No obstante, se mantiene cierta singularidad, por lo que en materia de daños provenientes del incumplimiento contractual debe tenerse especial consideración hacia la regulación específica para cada tipo contractual.

f) El riesgo creado (el riesgo y vicio de las cosas y actividades riesgosas o peligrosas) opera como norma de cierre de la responsabilidad objetiva. El art. 1757, CCyC, constituye la norma de reenvío a la que remiten las disposiciones específicas de otras responsabilidades especiales o agravadas, tanto del sistema general de la responsabilidad civil como de las leyes especiales y de los microsistemas. Sus directivas constituyen la plataforma sobre la cual debe acudirse para delimitar y completar la responsabilidad objetiva prevista en los diferentes microsistemas.

g) Tanto para el riesgo o vicio de las cosas como para las actividades riesgosas y peligrosas, el sistema del derecho común convive con el especial del derecho del consumidor. Sin embargo, en la práctica se verifica una retracción o debilitamiento cuantitativo (no cualitativo) de las normas generales que regulan la responsabilidad por el riesgo de las cosas y por las actividades riesgosas y peligrosas. En la praxis judicial se observa una mayor cantidad de casos comprendidos en el régimen específico de la LDC, cuyas normas especiales se nutren de las reglas y principios del nuevo Código, en el marco del diálogo de fuentes y de la constitucionalización del derecho privado (arts. 1º y 2º, CCyC).

h) Bajo el nuevo sistema del Código Civil y Comercial, continúan vigentes, en lo esencial, las conclusiones generales sobre los presupuestos de la responsabilidad civil objetiva por riesgo y su prueba.

i) La complejidad de los casos puede derivar en la imputación de responsabilidad fundada en una pluralidad de factores de atribución. Por un lado, puede existir una imputación dual y concurrente de responsabilidad objetiva y subjetiva. Por el otro, la responsabilidad objetiva, puede obedecer al riesgo o vicio de las cosas y, adicionalmente, a la existencia de una actividad riesgosa o peligrosa. De ser así, se produce un incremento de los legitimados pasivos, ya que el art. 1758, CCyC, comprende no sólo al dueño o guardián de las cosas sino también a quien realiza, se sirve u obtiene provecho de la actividad por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. ●

Cita on line: AR/DOC/3673/2016

! MÁS INFORMACIÓN

Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-C, 1238; “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-E, 1155.

NOTA A FALLO

Fideicomiso

Denuncia de incumplimiento de contrato. Compraventa inmobiliaria. Embargo preventivo. Procedencia de la medida. Verosimilitud del incumplimiento.

Hechos: Reclamado el cumplimiento de un contrato de compraventa, se admitió la traba de embargo sobre un inmueble aun cuando las firmas insertas en el documento no habían sido reconocidas.

Aun cuando las firmas insertadas en el contrato de compraventa no fueron reconocidas o respaldadas, el embargo debe ser concedido, pues el intercambio de cartas-documento permite considerar que el negocio existió y que a la fecha de las misivas el demandado no habría cumplido con las obligaciones a su cargo.

119.723 — CNCiv., sala I, 27/10/2016. - Rosales, Blanca Margarita c. Guarino, Gustavo Marcelo s/cumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/70904/2016]

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 27 de 2016.

Considerando: I. Se alzó la peticionaria contra la decisión de fs.112 vta. pto. siete que rechazó su pedido de embargo preventivo. Las quejas fueron expresadas a fs.113/115.

En el marco de una compraventa de inmueble adquirido por la demandante al fidu-

ciario de un contrato de fideicomiso, la compradora inicia el presente juicio dirigido a obtener la nulidad de cláusulas contractuales que considera abusivas y el cumplimiento del contrato.

En su escrito de postulación solicitó que se trabe embargo preventivo sobre el inmueble adquirido.

El magistrado rechazó el pedido con fundamento en que las firmas que constan en instrumentos privados no han sido abonadas

Medidas cautelares para compradores por boleto de compraventa en un fideicomiso inmobiliario

SUMARIO: I. Síntesis del planteo de autos: embargo preventivo en protección del derecho del tercero acreedor, vinculado al patrimonio separado en un fideicomiso inmobiliario, mediante un boleto de compraventa. — II. Verosimilitud del derecho: las cartas-documento con aviso de recepción con fuerza probatoria de instrumento público. — III. Peligro en la demora: contrato de fideicomiso inmobiliario con extinción inminente. Boleto de compraventa entre el fiduciario y el comprador. — IV. Una imprescindible aclaración a modo de advertencia. — V. La pertinencia de nuestro enfoque: fallo que se relaciona con una aplicación del fideicomiso inmobiliario de amplia divulgación. — VI. La extinción del contrato de fideicomiso por vencimiento del plazo. Efectos en general. — VII. No hay que confundir las causas de extinción del contrato de fideicomiso con las causales de extinción del dominio fiduciario como derecho real, aunque a veces puedan coincidir. — VIII. ¿Qué nos espera el día después de la fecha de vencimiento del contrato, cuando no hay previsión contractual? La solución según nuestra opinión. — IX. Conclusión.

Silvio V. Lisoprawski

I. Síntesis del planteo de autos: embargo preventivo en protección del derecho del tercero acreedor, vinculado al patrimonio separado en un fideicomiso inmobiliario, mediante un boleto de compraventa

Como describe el propio fallo, la acción se plantea en el marco —en lo que a la cuestión de fondo respecta— de un boleto de compraventa de un inmueble adquirido por la demandante a un fiduciario —en esa calidad— de un contrato de fideicomiso (arts.1666 y ss., CCyC).

La compradora promueve el juicio a fin de obtener la nulidad de cláusulas del boleto que considera abusivas y el cumplimiento de ese contrato. Entre las pretensiones demanda la entrega de la posesión y la escrituración del departamento adquirido al fiduciario “vendedor” (art.1704, CCyC).

En el mismo escrito de demanda e inaudita parte, la actora solicita el embargo preventivo del dominio fiduciario respecto del cual —en virtud del boleto de compraventa y el contrato de fideicomiso relacionado—, sostiene que

tiene el derecho de un acreedor insatisfecho (arts.195 y ss., y arts.209, 211 y concs., del Cód. Procesal Civil y Comercial) contra un deudor que incumplió la promesa de compraventa.

Para ello acompaña, entre otra documentación, el contrato de fideicomiso, el boleto de compraventa, el informe del Registro de la Propiedad Inmueble —actualizado— con el asiento registral del dominio fiduciario (que se correspondería con dicho contrato de fideicomiso) y cartas-documento cruzadas entre las partes, con constancias de recepción, entre otra documentación. Del informe dominial resulta que el inmueble —objeto de propiedad fiduciaria— aún no fue some-

tido al Régimen de Propiedad Horizontal. Es decir que el departamento prometido al comprador, no es una unidad funcional susceptible de transmisión, bajo el referido régimen, como dominio perfecto a la adquirente accionante (al menos al momento de interposición de la demanda) en los términos de los arts.2037 y ss. del CCyC.

El *a quo* entendió que la accionante no había probado los requisitos de procedencia para una cautelar preventiva inaudita parte, rechazando por esa razón el embargo preventivo. Para ser exactos éste dijo “*Atento el incipiente estado de la causa, al no hallarse abonadas las firmas de los instrumentos privados presentados y tomando en consideración que por virtud del estado de dominio que se pretende cautelar (ver fs. 47/49) no advierto configurado —al menos en este momento— el peligro en la demora, no ha lugar en este estado a la cautelar pretendida.*” (sic).

La actora apeló y le fue concedido el recurso.

El tribunal de Alzada atendió la apelación, revocó el rechazo del *a quo* y ordenó que se

y remitió a las constancias del informe de dominio.

La recurrente sostiene que del intercambio epistolar habido entre las partes surgen los elementos que respaldan la medida que solicita y que del informe de dominio se desprende que el vencimiento del fideicomiso se encuentra próximo.

II. Liminarmente conviene recordar que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica. De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría

la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada —a favor de cualquiera de las partes— sobre la cuestión sometida a su jurisdicción. En ese marco la Corte Federal ha señalado que se presenta el *fumus boni iuris* —comprobación de apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el demandante— exigible a una decisión precautoria (Fallos: 314:711).

Desde esta perspectiva y con estas limitaciones, se anticipa, el recurso de apelación que motiva este estudio será admitido.

III. Es cierto que los instrumentos particulares que vinculan a las partes en el contrato de compraventa no pueden tenerse por sí mismos como auténticos en este estado porque sus firmas no han sido ni reconocidas ni respaldadas.

Empero, considera este colegiado que —con el alcance que debe darse a una decisión en el marco cautelar—, el intercambio de cartas documentos obrante a fs. 51/53

permite considerar que el negocio habría existido y que a la fecha de las misivas el demandado no habría cumplido con las obligaciones a su cargo.

Recuérdese que la doctrina ha atribuida a la carta documento con aviso de recepción la fuerza probatoria del instrumento público (ver Falcón, E.M. “Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, anotado, concordado y comentado”, t. II, p. 89 y CNCiv., Sala H, 25/06/2002, “Larreguy, Matías c. Pauver S.A. y otro”, LA LEY, diario del 04/03/2003) y no hay elementos en este estado que conduzca a dejar de lado su fuerza probatoria.

No puede perderse de vista que del asiento nº 10 informe de dominio de fs. 49 vta., consta que el fideicomiso vencería el próximo 30 de noviembre y ese negocio tendría incidencia en el vínculo contractual, habida cuenta de las referencias del contrato copiado a fs. 58/63.

Finalmente, no se soslaya que el derecho reclamado se refiere a una unidad funcional

y que el informe de dominio da cuenta de que el inmueble no se encontraría aún subdividido —o al menos no estaría inscripta dicha división si se hubiese realizada—. Empero, esa circunstancia, no podría incidir en perjuicio de la medida asegurativa que pretende la demandante. Antes bien, sería otro indicio que avala la verosimilitud de su derecho.

En razón de lo expuesto, el Tribunal resuelve: revocar la decisión apelada. En consecuencia, se admite el embargo sin monto solicitado, el que deberá instrumentarse en la instancia de grado con los recaudos correspondientes. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/2013 y 24/2013 de la C.S.J.N. La doctora Ubiedo no firma por hallarse en uso de licencia (art. 34, inc. c) R.L.). — Patricia E. Castro. — Paola M. Guisado.

trabe el embargo preventivo y su anotación registral (ley 17.801).

II. Verosimilitud del derecho: las cartas-documento con aviso de recepción con fuerza probatoria de instrumento público

Para comenzar evaluaremos la viabilidad de una medida cautelar de carácter preventivo, con un criterio no restrictivo, meritanando el peso probatorio del intercambio epistolar —por medio de cartas-documento con avisos de recepción— habido entre el actor y el demandado, de donde resultaba (provisoriamente y con razonable certeza) la veracidad de documentación vital con la que la actora fundaba su derecho a un embargo preventivo (art. 211, CPCCN). Es decir, la verosimilitud del derecho invocado por la accionante.

Anticipamos, como veremos más adelante, que el tribunal de la Alzada se mostró especialmente tuitivo frente al eminente vencimiento de un plazo que —presumiblemente— podría frustrar el derecho de la actora respecto de dos de sus pretensiones fundamentales: la posesión y la escritura de la unidad funcional que se le prometió. Para ello aprovecha la doctrina que atribuye a la carta documento con aviso de recepción la fuerza probatoria del instrumento público.

El tribunal invoca entre sus fundamentos el precedente “Larreguy” (1), donde se hace referencia a otro (2) que se justifica reproducir: “...la prueba del contenido de una carta documento se obtiene mediante la copia certificada de ese acto y la recepción por parte del destinatario se conoce a través de la constancia de recepción (conf. Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. II, p. 635)... La doctrina ha sido conteste en atribuir a la carta documento el carácter de instrumento público, del que también participa el telegrama colacionado, regulado por la ley 750/1/2 de ‘telégrafos nacionales’, que en sus arts. 90 a 97 estipula el sistema general de validez de este documento. La carta documento, agregada por la reforma (ley 22.434, art. 143, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), constituye un servicio postal cuyas condiciones de prestación y ejecución se reglamentaron por resolución N° 1110 de Encotel, de fecha 2 de Julio de 1984 (publicada en el Boletín de la Empresa Nacional de Correos y Telégrafos, —N° 966— del 20/7/84) de apli-

cación al caso y, específicamente en sus arts. 7º, incs. 1 a 12 y 9º, regula la admisión del instrumento por el agente postal y los procedimientos para certificación y sellado de copias, respectivamente. En tal sentido, estipula que luego de haber confeccionado el impositor el aviso de recibo, se lo unirá al envío en la forma reglamentaria y posteriormente el empleado postal certificará y sellará las copias que deberá devolver al remitente, junto con el recibo de imposición, ajustándose al siguiente texto: ‘certifico que la presente es copia fiel del original expedido en la fecha, CD N°...’ y a continuación seguirá la indicación del lugar, fecha, firma del empleado interviniente y el sello fechador de la oficina (conf. art. 7º, incs. 11 y 12, regl. cit.). La sujeción al cumplimiento de tal regulación, determina el carácter atribuible al documento —por la doctrina—, en los términos del art. 979, inc. 2 del Cód. Civil y siguiendo este criterio, se ha sostenido que ‘el telegrama colacionado o la carta documento con aviso de recepción constituyen un instrumento público’ (Falcón, E. M., ‘Código Procesal Civil y Comercial de la Nación’, Anot. Cdo. Coment., t. II, p. 89). Un telegrama colacionado con aviso de recepción y una carta documento con aviso de retorno, constituyen instrumentos públicos que no sólo prueban su contenido, sino también que el destinatario la ha recibido y su ataque requiere la redargución de falsedad (conf. Falcón E., ob. cit., t. II, ps. 635/6). En el mismo sentido se ha dicho que ‘La carga probatoria de la falta de autenticidad de una carta documento le corresponde a quien niega la recepción de la misma’ (CNCiv., sala D, in re ‘Cupolo de Vanoti contra Benítez sobre desalojo’, fallo del 28/2/94)”.

La Sala valora la calidad y el contenido del intercambio epistolar habido entre el actor y el demandado, del cual surge preliminarmente que el último —como fiduciario— reconoce, como dijimos, la existencia de documentación vital para acreditar la verosimilitud del derecho, pese a que la actora no había abonado la firma de esa documentación. En nuestra opinión el criterio de la Sala es el que más se acerca a las circunstancias del caso de autos. El fallo para nosotros es plausible.

Si bien es criterio jurisprudencial la preferencia por el exceso en la concesión de las medidas cautelares de carácter preventivo (3), los abogados litigantes sabemos por experiencia que para obtener una medida

cautelar preventiva al promoverse la demanda, que —además— pretendemos sea inaudita parte, debemos extremar el aporte de prueba, a veces con premeditado exceso, para acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora para intentar romper la reticencia de algunos juzgados en concederlas, particularmente cuando se trata de procesos de conocimiento de la naturaleza de los autos donde se produce el precedente que comentamos. No estamos pregonando la precariedad cuando se fundan y acreditan los recaudos de una medida cautelar preventiva; por el contrario corresponde acreditar con seriedad esos extremos para no provocar precisamente un merecido rechazo. Lo que no se puede hacer es lo inalcanzable, ni llegar al ideal que —por definición— no existe. Se trata de sumar elementos indiciarios que provoquen la convicción del juzgador. Se requiere criterios realistas, sin que prevalezca lo dogmático en la óptica del juzgador y que los operadores jurídicos actúen con diligencia e inteligentemente por el otro, para no provocar, con la pobreza de los elementos de prueba exhibidos, un rechazo justificado.

Como la realidad y la práctica exceden los esquemas teóricos, en general lo corriente es que los partícipes de un boleto de compraventa de inmueble, donde se juegan precios que no son de una cuantía importante, se manejen con documentación elemental; es decir que las partes no tienen *in mente* prepararse para un futuro litigio con medidas cautelares preventivas, presumiendo en ese momento un incumplimiento, *vg.* la presencia *in situ* de testigos no comprendidos en las generales de la ley que luego declaren que vieron firmar a la contraparte, o certificación de firmas en el mejor de los casos, etc. En el momento de anudamiento de los boletos de compraventa en esos casos hay un trato relativamente informal, en un ámbito que suele ser cordial. Por fin, es bien sabido que hay una relación directa entre el tiempo que insume la organización del acto de suscripción de instrumentos privado y la erogación de mayores gastos para acentuar la formalidad de la instrumentación. Ahí priman razones que todos conocemos: la de los costos evitables.

La anormalidad sería que alguien contrae teniendo en su ánimo que la contraparte no cumplirá y se prepare en ese momento para un conflicto judicial, tomando todos los recaudos para prefabricar prolijamente la prueba que en el futuro le servirá a los abogados litigantes para que, al confeccionar la demanda, puedan acreditar la “verosimilitud del derecho” de su cliente, sin el álea de que se susciten dudas en el juez al que le to-

que intervenir. Es decir, generar una prueba de tal contundencia que sería impensable la posibilidad de un rechazo. Esa realidad de prevenciones mínimas —firma del boleto de compraventa como mínimo— se evidencia en el inmenso tráfico de promesas de compraventa de departamentos de viviendas a construir que no son “*premium*” —salvo en las épocas de crisis— como algo corriente en los sectores con capacidad adquisitiva que (cuotas de por medio) pueden acceder a una vivienda propia, o de sectores que invierten en ese mercado como reserva de valor.

En síntesis, la Sala aplicó derechamente el criterio que tiende a proteger al supuesto acreedor o presunta “víctima”, con sentido realista. Para ello, además de otros elementos, el tribunal tuvo especialmente en consideración el eminente vencimiento (30/11/16) del plazo de un contrato de fideicomiso de los más corrientes en el cual se halla involucrado el dominio fiduciario de un inmueble, sin sometimiento a propiedad horizontal. En mi opinión esto último fue determinante en la resolución que revocó la decisión de primera instancia. Acerca de esta cuestión versará una parte substancial del presente comentario.

III. Peligro en la demora: contrato de fideicomiso inmobiliario con extinción inminente. Boleto de compraventa entre el fiduciario y el comprador

Precisamente la característica que señalamos en el párrafo precedente ofrece peculiaridades que justifican la extensión de nuestro comentario y nos llevan al desarrollo abreviado de la causa que configuró *prima facie* el recaudo del *periculum in mora*, requiriendo acreditación en la cautelar peticionada por la demandante.

La actora demandó a un fiduciario —en esa calidad—, encarnado en una persona humana, el cumplimiento de un boleto de compraventa de un departamento que debía integrar un edificio de vivienda que se sujetaría a propiedad horizontal, a través de un contrato de fideicomiso de los denominados “inmobiliarios” en su estadio inicial. Es decir que la actora compró “al pozo”, como se lo califica en el mercado a esta clase de emprendimientos. La actora no es fiduciante, beneficiaria ni fideicomisaria. Es la compradora de una clásica promesa de venta contemplada en el art. 1170 del CCyC.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) CNCiv., Sala H, “Larreguy, Matías c. Pauver S.A. y otro”, del 25/06/02, LA LEY, 2003-B, 475.

(2) “Todoli Hnos. S.R.L. c. M.C.B.A. s/cobro de sumas de dinero”, Recurso N° 260.850 del mes de junio de 1999.
(3) CNCiv., sala D, LA LEY, 1985-C, p. 389.

● VIENE DE PÁGINA 7

Hasta ahora parece no haber nada fuera lo común, pero la circunstancia que dispara nuestra atención es que el plazo de vencimiento del fideicomiso, según el fallo que estamos comentando, estaría “a la vuelta de la esquina”. Y justamente ése es el “nudo gordiano”, que encierra un serio indicio del peligro en la demora.

Al respecto el Superior dijo “...No puede perderse de vista que del asiento n° 10, informe de dominio de fs. 49 vta., consta que el fideicomiso vencería el próximo 30 de noviembre y ese negocio tendría incidencia en el vínculo contractual, habida cuenta de las referencias del contrato copiado a fs. 58/63. Finalmente, no se soslaya que el derecho reclamado se refiere a una unidad funcional y que el informe de dominio da cuenta de que el inmueble no se encontraría aún subdividido —o al menos no estaría inscripta dicha división si se hubiese realizado—. Empero, esa circunstancia, no podría incidir en perjuicio de la medida asegurativa que pretende la demandante. Antes bien, sería otro indicio que avala la verosimilitud de su derecho”. En esta cuestión no es un dato menor que el fallo de la Alzada fue pronunciado el 27/10/16.

La circunstancia extintiva, de que da cuenta el fallo, acentúa —como anticipamos— el peligro en la demora. Más adelante examinaremos con más detenimiento el porqué de ese peligro. En general se afirma —en materia de escrituración— que el embargo preventivo sobre la totalidad del edificio procede, no obstante, permanecer indivisa la propiedad (4). Se trata de que no se haga ilusoria una sentencia que decreta la obligación de escriturar. En el caso de autos se trató de aventar los riesgos de que la propiedad fiduciaria indivisa no sea gravada o de otra forma dispuesta, justificando el criterio amplio que empleó la Sala, aun a riesgo de su otorgamiento, desde que éste es preferible a la parquedad en negarlo. (5)

Por último, el embargo preventivo, si- guiendo siendo determinante para establecer la preferencia o prioridad que el art. 218 del CPCyCN otorga al primer embargante. Asimismo el art. 1170, inc. b), del CCyC, dedicado específicamente al boleto de compraventa de inmuebles (6), le asigna un rol trascendente a esa promesa estableciendo prioridad sobre el derecho de terceros sobre el inmueble vendido, si reúnen los requisitos que la norma impone a la vez que hace un aporte inestimable acerca de la fecha cierta (inc. 6, artículo citado), porque juega con el art. 317 del nuevo Código acerca de cómo establecer la eficacia probatoria de esa fecha en los instrumentos privados. (7)

IV. Una imprescindible aclaración a modo de advertencia

Antes de expresar los distintos comentarios que haremos de aquí en adelante, debemos formular una advertencia preliminar. Sería más que impropio el comentario a un fallo que resuelve una cautelar preventiva (cuando ni siquiera se halla trabada la *litis*) si se hicieran consideraciones o evaluaciones relativas al juicio en sí mismo, las cuestiones en debate, la prueba, el fondo del asunto, etc., inmiscuyéndose en un proceso en trámite, a

través de un examen doctrinario como excusa.

Sólo tomaremos como material de trabajo y análisis exclusivamente lo que informa la sentencia que estamos comentando. Que, por otro lado, tiene la provisionalidad de un embargo preventivo, dictado —inaudita parte— al inicio de un proceso. Veremos entonces que lo manifestado precedentemente resulta consistente con el examen que haremos de aquí en más.

En el análisis nos referiremos a los efectos de la extinción del contrato de fideicomiso, por una de sus causales (art. 1697, inc. a, CCyC), examinándola *in abstracto*. La doctrina que se expondrá tratará una problemática general que se deriva —reiteramos— exclusivamente de lo que expresa la sentencia comentada.

V. La pertinencia de nuestro enfoque: fallo que se relaciona con una aplicación del fideicomiso inmobiliario de amplia divulgación

El análisis de la causal de extinción que formulamos no está desenfocado; nuestro examen presta particular atención a la fecha de vencimiento del contrato de fideicomiso para conceder un embargo preventivo sobre el dominio fiduciario de un acreedor del patrimonio fiduciario, que no es fiduciante, beneficiario ni fideicomisario de la fiducia. Es un tercero ajeno al referido contrato, dada su calidad de comprador. Entendemos que si bien el fallo se centra en la viabilidad de un embargo preventivo por hallarse reunidos los recaudos para su procedencia, resulta pertinente y de utilidad práctica el examen más profundo de los efectos de la extinción del contrato de fideicomiso, por vencimiento del plazo resolutorio. Es el propio tribunal el que pone en evidencia la trascendencia de dicha fecha, cuando la emplea como uno de los elementos determinantes para revocar el fallo apelado. Se sigue entonces que el análisis doctrinario no sería completo, si no ahondamos en los efectos que esa circunstancia extintiva produce. Ese análisis pondrá aún más en valor lo acertado del fallo en comentario.

Otra peculiaridad del fallo es que se dicta en un proceso donde se halla involucrado un “fideicomiso inmobiliario”, figura que encabezó el *ranking* de emprendimientos inmobiliarios en la última década. Razón por la cual el fallo despierta más interés, porque el embargo preventivo se dicta con base en la presunción de un incumplimiento, originado en esa especie de estructura contractual fiduciaria tan frecuente.

VI. La extinción del contrato de fideicomiso por vencimiento del plazo. Efectos en general

Recordemos que el plazo del contrato de fideicomiso es un requisito esencial, al igual que la condición resolutoria en defecto de aquél, en forma concurrente o alternativa. La ley lo establece con carácter imperativo, como requisito de validez o existencia del contrato. El fundamento del límite es evitar la perpetuación de una propiedad imperfecta; el legislador quiso que sea transitoria.

El art. 1697 del CCyC, enuncia dos causas de extinción del contrato de fideicomiso a la vez que deja librada a la autonomía de la vo-

luntad de las partes la fijación de otras causales. El inc. a) del citado artículo establece que se extinguirá por “(...) *el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal*”.

A diferencia de lo que sucede con el plazo, en el cual existe siempre la certidumbre de que el acontecimiento se producirá, la condición está subordinada a un hecho futuro e incierto que puede o no suceder. El plazo es siempre un acontecimiento cierto y sólo puede haber incertidumbre sobre el momento en el cual vencerá, mientras que en la condición la incertidumbre se refiere a la producción del hecho condicional. Plazo y condición no son extremos que se excluyen entre sí, sino que pueden coexistir complementariamente. La resolución operará cuando alguno de ellos ocurra primero, salvo que se hubiera pactado alguna combinación que modifique ese principio. Lo que no está autorizado es que por la pendencia de la condición se exceda el máximo de 30 años (contados desde la celebración del contrato) autorizado por la ley, pues en tal supuesto, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que podrá durar hasta el cese de su incapacidad (o su muerte), el contrato se reduce al tiempo máximo previsto. Lo mismo ocurre si el plazo excede ese máximo legal (art. 1668, CCyC).

VII. No hay que confundir las causas de extinción del contrato de fideicomiso con las causales de extinción del dominio fiduciario como derecho real, aunque a veces puedan coincidir

Lo cierto es que el contrato puede extinguirse de diversas maneras, pero no son éstas sino la extinción de aquél lo que provocará la finalización del dominio fiduciario sobre las cosas que son su objeto, lo que sólo se concretará cuando se realice la tradición (modo) y se otorguen los instrumentos que sean necesarios, o cuando se opere la inscripción registral respecto de ciertas cosas muebles en la que ésta es constitutiva (v.gr.: automotores).

Según el art. 1698 del CCyC, “*Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan*”. A su vez el art. 1706 del CCyC, dispone que “*Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad*”. De esta forma el fiduciario se convierte en tenedor de la cosa (*constituto posesorio*), hasta tanto se la entregue al fideicomisario (o quien lo sustituya). Ello sin perjuicio de que a partir de la realización del evento resolutorio (la condición o el plazo) el fiduciario será considerado de mala fe por estar obligado a restituir, con las consecuencias que ello acarrea. (8)

Sabemos que el fiduciario tiene la potestad de enajenar la cosa, cuando lo requieran los fines del fideicomiso. En la práctica los denominados (doctrinalmente) “fideicomisos inmobiliarios” en los modelos estereotipados, cuando se quiere agregar o aclarar una po-

sibilidad más, autorizan al fiduciario a “prometer la venta de las futuras unidades” por medio de “boletos de compraventa”. Es en estos supuestos donde nos preguntamos si los derechos que adquieren los terceros estarán sujetos a la resolución o si, por el contrario, ésta no tendrá ningún efecto contra ellos.

Ya antes de la sanción de la ley 24.441 sosteníamos que, en materia de cosas muebles no registrables, se llegaba a la segunda solución que ensayamos, siempre y cuando se tratase de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. El Código Civil y Comercial —siguiendo la línea de la parcialmente derogada ley— establece que: “*Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en esta norma*” (art. 1688). Completa este sistema el art. 1705, al establecer la irretroactividad: “*La extinción del dominio fiduciario no tiene efecto retroactivo respecto de los actos realizados por el fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y título oneroso*”. Abarca tanto los casos de transmisiones de cosas inmuebles y de muebles. De tal forma, el fiduciario transmitirá a terceros de buena fe y a título oneroso el dominio perfecto de la cosa por lo que, respecto de la cosa transmitida, ya no cabe hablar de dominio fiduciario.

Concertado el negocio jurídico antecedente, la adquisición del dominio fiduciario se producirá al efectuarse la tradición de la cosa. Al tratarse de la adquisición de un derecho real, en el caso de los inmuebles, la transmisión deberá ser inscripta en el Registro para ser oponible a terceros (arts. 1683/4, 1893, CCyC; 1º, 2º, 12 y 33, ley 17.801). Si bien ésta era la interpretación que se debía extraer del régimen vigente hasta la sanción de la ley 24.441, ésta terminó con las dudas (arts. 12 y 13). A su vez, el nuevo Código dispone en el art. 1683 que “*El carácter fiduciario de la propiedad tiene efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplen los requisitos exigidos de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos*”. Agrega el art. 1684: “*Si se trata de bienes registrables, los registros correspondientes deben tomar razón de la calidad fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario (...)*”. De esta forma, el negocio fiduciario tendrá acceso al registro en su contenido; la publicidad registral no se limita a la transmisión del dominio, sino que comprende también la existencia del *pactum fiduciae*. La admisión de la *causa fiduciae*, vincula el aspecto real y el obligacional del negocio fiduciario, como perfectamente idónea para el fin perseguido, ya que refleja la intención de los contratantes consistente en transmitir al fiduciario la propiedad interinamente, imponiendo necesariamente que ella sea conocida por los terceros tal como fue concebida (9).

VIII. ¿Qué nos espera el día después de la fecha de vencimiento del contrato, cuando no hay previsión contractual? (10). La solución según nuestra opinión

En primer lugar, metodológicamente conviene establecer en qué situación quedará la separación patrimonial una vez extinguido el contrato de fideicomiso, cuando el fiduciario luego de esa fecha no hubiera transmitido la totalidad de los bienes fideicomitados a sus destinatarios, según lo establecido en el contrato o lo dispuesto por la ley.

{ NOTAS }

(4) CNCiv., sala A, LA LEY, t. 114, p. 846, n° 10.142-S.

(5) CNCiv., sala D, 27/11/1979, ED, t. 88, p. 451.

(6) ALTERINI, Jorge H., (Director General), “Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético”, La Ley, Bs. As., 2015, 1ª edición, t. VI, ps. 148 y ss.; RIVERA Julio C. - MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, comentario de ESPER, Mariano, La Ley, Bs. As., 2014, t. III, ps. 891/894; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El boleto de compraventa es

promesa de contrato”, LA LEY, 2016-C, 1259, Cita Online: AR/DOC/1244/2016, donde el autor concluye que “... el boleto de compraventa inmobiliaria tiene la naturaleza jurídica de la promesa de celebrar un contrato (art. 995) que en caso de enfrentar las dificultades de los arts. 1170 y 1171 si reúne los recaudos allí previstos, goza de la protección asignada en tales normas. Si no debe enfrentar tales dificultades, o no reúna dichos recaudos, es una simple promesa de celebrar un contrato”.

(7) Art. 317, CCyC: “*Fecha cierta. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después*”.

(8) Se resolvió judicialmente que no es necesaria, una vez vencido el plazo, la interpelación al fiduciario por parte del fideicomisario (CNCCom., sala C, “Fernández v. Cía. Financiera Universal”, del 26/3/99, JA 2000-I-394).

(9) KIPER, Claudio, “Régimen jurídico del dominio fiduciario”, Fondo Editorial de La Ley, Bs. As., 1989, ps. 91/95.

(10) KIPER, Claudio M. - LISOPRAWSKI, Silvio V., “Tratado de fideicomiso. Código Civil y Comercial de la Nación”, AbeledoPerrot - La Ley, Bs. As., 2016, cuarta edición actualizada y ampliada, t. I, ps. 105 y ss.; y ps. 216 y ss.; LISOPRAWSKI, Silvio V., “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El “limbo” o la subsistencia ultra vires”, LA LEY, 2008-B, 192.

Tengamos aquí presente que el Código Civil y Comercial establece la separación del patrimonio personal (o universal) del fiduciario respecto del que se genera por vía del fideicomiso (arts. 1685/7). De este sistema resulta que el fiduciario es titular de dos patrimonios, el que ya tenía, como le corresponde a cualquier sujeto de derecho, y el nuevo, que adquiere en cada fideicomiso que celebre y que no se confunde con el suyo “propio” (calificación esta última que empleamos para marcar más la diferencia) o más precisamente su “patrimonio universal”. El art. 1686 del CCyC, establece que “*Los bienes fideicomitidos quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario*”, y el art. 1687 que “*Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitidos*”. Surge, entonces, que los bienes del fideicomiso sólo responden ante determinados acreedores, los del fideicomiso, es decir, aquellos que tengan un crédito en virtud de obligaciones contraídas por el fiduciario “*en la ejecución del fideicomiso*”.

Ahora centremos nuestro análisis en el patrimonio fiduciario, para dar respuesta al interrogante que planteamos en el título del presente punto. Al respecto advertimos que la figura contractual no tiene prevista en la normativa una etapa liquidativa del patrimonio fiduciario ni tampoco la necesita, salvo el supuesto regulado de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para responder por las obligaciones (art. 1687, CCyC) contraídas con causa en el fideicomiso, donde la solución pasa por la intervención de la justicia, si no hubiere remedio contractual previsto que evite ese final traumático, que sea oponible “*erga omnes*”, es decir, que en ciertos supuestos que no consistan en aportes que superen la insuficiencia, provistos por las partes y/o un tercero, sea suscripta también por la totalidad de los terceros acreedores. De lo contrario, tal solución no sería viable para evitar la liquidación judicial.

Podremos comprender mejor la problemática que tratamos, si empleamos —solo como comparación sin establecer identidad— un sistema de liquidación clásico como el societario. La Ley General de Sociedades (arts. 101 y ss., LGS) contempla un ciclo de liquidación que comienza con la disolución de la sociedad (art. 94, LGS). Su meta es la realización del activo, con la finalidad de cancelar las deudas y distribuir —si fuere el supuesto— el remanente entre los socios. Durante la liquidación la sociedad conserva sus órganos de administración y representación (los liquidadores una vez aceptado el cargo), y los socios conservan el *status* de tal calidad. Formulamos este ejemplo sólo como muestra de un proceso de liquidación normado. Valga esta última aclaración porque subrayamos que el fideicomiso no es asimilable a una sociedad ni a otro ente con personalidad jurídica, ya que lisa y llanamente es un contrato y además —como advertimos— la normativa del fideicomiso no tiene semejante previsión legal ni la necesita, atendiendo a las características de elasticidad, vehicularidad y multifuncionalidad —entre otras— que el legislador quiso darle, amén del mayor campo de libertad contractual que la figura tuvo en la ley 24.441 y sigue teniendo en el nuevo Código (arts. 958, 959 y concs., CCyC). El legislador del Código Civil y Comercial, siguiendo la impronta de la referida ley 24.441, remedió los principales defectos que evidenciaba la anterior

legislación y mantuvo aquello que permitió su importante desarrollo y recepción en la cultura local, como instrumento de negocios, evitando el encorsetamiento por vía de una sobrerregulación. Imperó, afortunadamente, el criterio de modificar lo que era a todas luces necesario y mantener aquello que produjo el éxito de la figura, tanto para el fideicomiso común como para la especie que la normativa denomina “financiero”. Pusimos de manifiesto en otro momento que compartíamos ese criterio, con el consenso doctrinario de la mayoría de los autores acerca de ese acierto, sin perjuicio de algunas críticas sobre aspectos puntuales que no afectan lo substancial (11).

En consecuencia, por diversos motivos que hacen a la eficiencia de la figura, no se empleó el régimen liquidativo de la Ley General de Sociedades ni otro equiparable, como tampoco una etapa específica para tal propósito. No obstante no es menos cierto que la existencia de un patrimonio separado, como centro de imputación de derechos y obligaciones, plantea cuestiones acerca de qué le ocurre, a los protagonistas del contrato y/o a los terceros que se vincularon obligacionalmente u ostentan derechos respecto del patrimonio fiduciario, a partir de la fecha de extinción del contrato, habida cuenta del efecto fatal que produce cuando las partes omiten pactar soluciones expresas.

Mientras el contrato de fideicomiso se hallaba regido por la ley 24.441 pensábamos, al igual que López de Zavalía (12), que mientras los bienes permanecían en cabeza del fiduciario el patrimonio separado continuaba, particularmente respecto de los acreedores generados en ejercicio de la fiducia, sin perjuicio del derecho de los acreedores de los beneficiarios y/o fideicomisarios a accionar —por vía de subrogación— para que los bienes ingresen al patrimonio de estos últimos. Dijimos que de lo contrario la consecuencia resultaría disfuncional, porque si la separación desapareciera automáticamente, los bienes fideicomitidos pasarían a integrar el patrimonio general o universal del fiduciario, contrariando la prohibición legal de adquirir los bienes para sí, que en el anterior régimen se expresaba en el art. 7º. Opinábamos que, en la inteligencia de la ley 24.441, para preservar al fideicomisario e —incluso— a los acreedores con créditos imputables al patrimonio separado, la extinción del contrato no producía “*ipso jure*” la desaparición de la separación patrimonial. Seguimos pensando que sucede lo mismo en el actual régimen del Código Civil y Comercial.

Para ser más concretos: en la experiencia práctica se constata que desde el momento de la extinción del contrato hasta el cumplimiento de esa obligación de “entregar” los bienes fideicomitidos a quien corresponda y el cumplimiento de otras obligaciones subsistentes se producía un interregno cuya extensión dependía del negocio subyacente, así como de las demás circunstancias del propio contrato de fideicomiso hasta que se produjera el desahogo final del patrimonio fiduciario y —en especial— las obligaciones “*...contraídas en la ejecución de fideicomiso*” (art. 1687, CCyC), tanto contractuales como extracontractuales. Un ejemplo sería el de un comprador por boleto de compraventa como acreedor de obligaciones o derechos imputables al patrimonio fideicomitado que no fueron parte del contrato de fiducia como el fiduciante ni se han adherido a él tal como

lo hicieron los beneficiarios y fideicomisarios, *ab initio* o posteriormente (art. 1027, CCyC). A esto deberíamos sumar otras cuestiones como, por ejemplo, la incertidumbre que puede generarse en torno a las facultades del fiduciario y su legitimación como tal.

Es menester advertir que en la problemática examinada nos estamos refiriendo a supuestos en los que no existe una previsión contractual expresa como, por ejemplo, que se haya establecido dentro del plazo previsto para la extinción una imposición de transferencia o liquidación del patrimonio fiduciario a sus destinatarios, con extensión del plazo. O bien, siguiendo con los ejemplos de una deseable previsión convencional, la liquidación total del patrimonio fiduciario y la liberación de los pasivos como condición extintiva (que no podrá superar los treinta años), o bien conjugar un plazo con esa condición. También, pero ya desde la perspectiva del interés del fiduciario que pretende protegerse, puede establecerse una indemnidad prestada por las demás partes del contrato que cubra al primero de las contingencias posteriores a la extinción, cuando los pasivos no tuvieran origen en su culpa.

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto precedente, deberá tenerse en cuenta que el fiduciario pudo hacer suscripto un contrato de fideicomiso donde no se pactaron convenciones en las que podían preverse soluciones o remedios respecto de los efectos que produciría la extinción del contrato por vencimiento del plazo, cuando esos efectos son esperables, dentro de lo razonable. Ese fiduciario no se constituyó en contraparte de un contrato de adhesión que le fue impuesto, sino que se supone que fue negociado. Como todos sabemos, “nadie puede invocar su propia torpeza”, cuando el causante pretende no responder con su patrimonio por sus actos u omisiones. Con más razón cuando se trata de quien tiene el deber de comportarse como un “buen hombre de negocios” (art. 1674, CCyC). Ahora, ¿cómo puede tener ese estándar de conducta un fiduciario que no cuida a los demás protagonistas del contrato y —para colmo— tampoco se cuida a sí mismo, cuando desde el inicio celebra el contrato de fideicomiso de manera deficiente?

No dudamos que la solución de la carencia convencional examinada dependerá en gran medida de las circunstancias del caso concreto. Sin perjuicio de ello, y como formulación en abstracto, en la solución tendrán alta incidencia positiva las previsiones convencionales que contemplen la salida o la evitación de los problemas de la naturaleza que estamos planteando. Es sabido que el fideicomiso no es de ejecución instantánea, es decir, que es de tracto sucesivo o de ejecución continuada. Por ello, casi sin excepciones, se desarrollará a lo largo del tiempo, con muchos avatares previsibles desde el comienzo cuando, según el objeto y finalidad del contrato, sean usuales en el ámbito del negocio de que se trate. La cuestión es que la pluma que diseña el contrato tenga esa capacidad de proyección e imaginación para prever la salida o la solución de los avatares esperables, que son el fruto de sólidos conocimientos y la experiencia habida en los contratos, como los que diseña el que lo confecciona. Bien se dice que el fideicomiso para ser estructurado eficientemente, debe concebirse como un “traje a medida”.

Hay algunos precedentes jurisprudenciales producidos durante la vigencia en pleno de la ley 24.441 que continúan siendo útiles para el análisis y la búsqueda de soluciones con finalidad práctica, para no hacer del presente comentario un ejercicio puramente teórico. Anticipamos que tienen el mérito de poner en evidencia, mejor que cualquier doctrina de teorización especulativa, el potencial conflictivo —previsible— del efecto que produce la extinción del plazo, cuando el contrato guarda silencio. De ahí su valor. Veamos esos precedentes.

a) Así se decidió que “*(...) aun de haber finalizado el fideicomiso por vencimiento, para el caso de que no se hubieren liquidado todos los activos el fiduciario debía igualmente realizarlos, lo cual se traduce, en el caso de los créditos, en su cobro, disipando así toda duda en torno del aspecto sustancial de la legitimación*” (13).

b) Frente a la misma problemática acerca de la legitimación posterior al vencimiento del plazo de un contrato de fideicomiso se dijo que “*...no puede soslayarse que aunque ello pudiera haber ocurrido, la presente causa judicial ha sido promovida en plena e indiscutible vigencia del fideicomiso, por lo que la cuestión de los derechos sobre el crédito no le compete cuestionarla al deudor sino, llegado el caso, será un asunto a discutir entre el fiduciante y el fiduciario*” (14).

c) Con un criterio opuesto al de los precedentes citados otro sostuvo que “*(...) lo cierto es que se observa dudosa la legitimación de la actora para continuar ejecutando el crédito aquí reconocido, y en mayor medida cobrar éste. Ello, sin perjuicio de las medidas conservatorias del crédito que pudiera solicitar. Ahora bien, (la ley 24.441) nada dice en relación con la actuación del fiduciario luego de cumplido el plazo en cuestión, y las facultades que aquél tendría en situaciones como la de marras. (...) Frente a tal contexto, no puede soslayarse de modo alguno que el fideicomiso (...) se encuentra cumplido por vencimiento del plazo por el cual se constituyó, al menos según las constancias adjuntadas en autos. (...) No obstante lo resuelto precedentemente, como ya se indicara ut supra, el fiduciario se encuentra legitimado para solicitar la traba de medidas cautelares, su reinscripción y realizar cualquier otro acto conservatorio del crédito de marras. Ello, de conformidad con las obligaciones y responsabilidades asumidas según cláusulas 13 y 14 del contrato de fideicomiso*” (15). Subrayo que en este precedente se hizo hincapié en dos cláusulas del contrato que el tribunal de la Alzada sentenciante empleó para, al menos preservar, los bienes fideicomitidos. Fácil es colegir que probablemente otra hubiera sido la solución, si el contrato de fideicomiso de esos autos hubiera tenido previsiones para que el fiduciario continuara con plena legitimación y no sólo para actuar cautelarmente.

Seguimos visualizando en el nuevo Código, como lo observamos durante la vigencia de la parcialmente derogada ley 24.441, la subsistencia de la praxis que lleva a la problemática que venimos comentando (16). No es una hipótesis fuera de lo común que, una vez extinguido el plazo contractual del fideicomiso o cumplida la condición a que este se hallaba sujeto, el fiduciario existente necesite continuar con la actividad —más o menos

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

(11) KIPER, Claudio M. - LISOPRAWski, Silvio V., Fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial nuevo Código Civil y Comercial, del 17/11/2014, p. 125, Cita Online: AR/DOC/3836/2014; LISOPRAWski, Silvio V. en STIGLITZ, Rubén S. (Director), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial, Contratos parte especial*, La Ley, Bs. As., 2015, t. II, ps. 743/798.

(12) LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos. Parte general y parte especial”, Zavalía, Buenos Aires, 1995, tomo 5, p. 771.

(13) En autos: CNCom., sala E, “Centrifin S. A. s/ concurso preventivo s/incidente de revisión por Banco Comafi S.A”, la Cámara rechazó el cuestionamiento de la falta de legitimación activa del fiduciario basado en que el contrato de fideicomiso se encon-

traba vencido, siguiendo el precedente *in re* CNCom. “Albus S.R.L s/conc. prev. s/inc. revisión por Banco Finansur”, del 08/08/03, Boletín de Jurisprudencia n°6/2011.

(14) CNCiv., sala H, *in re* (R. 487.541) “Banco Comafi S.A c. Canan, Aaron E. y otro s/ejecución hipotecaria”, Exp.058489/2003, JNCivil N°20, Sec. 40.

(15) CNCom, sala A, “Banco Comafi v. Fuksman de

Canan, Liliana E.”, del 24/5/07, Boletín de Jurisprudencia 3/2007. Ficha 47.655.

(16) KIPER, Claudio M. - LISOPRAWski, Silvio V., “Tratado de fideicomiso. Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit.; LISOPRAWski, Silvio V., “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El ‘limbo’ o la subsistencia *ultra vires*”, LA LEY, 2008-B, 192.

● VIENE DE PÁGINA 9

residual— de desahogo del patrimonio separado; es decir, que termine de agotar el objeto y la finalidad por la que el fideicomiso fue constituido, o bien deba desarrollar trabajos relacionados, como, por ejemplo, atender las cuestiones tributarias sobrevivientes, actuar en juicio y demás contingencias, que ya se hallaban planteadas previamente o que son sobrevivientes pero originadas durante la vigencia del fideicomiso. Son aún más esperables en las variedades de contratos de fideicomiso usuales.

IX. Conclusión

Es evidente que, a lo largo del desarrollo del presente comentario hicimos continua alusión a la necesidad de establecer previsiones convencionales cuando la regulación supletoria no puede abarcar un casuismo imposible de alcanzar. El límite de la regulación convencional es el orden público en general o el desconocimiento de normas de

{ NOTAS }

(17) LISOPRAWski, Silvio V., “Fideicomiso, ni ángel ni demonio”, LA LEY, 2007-E, 1038.

aplicación imperativa que contiene la regulación del fideicomiso. La solución no radica en la sobrerregulación o el embretamiento de una figura contractual que necesita, para alcanzar la utilidad socio-económica que determinó su tipificación, la mayor libertad contractual posible. Prueba de ello es que, pese a los vacíos y deficiencias que tuvo el Título I de la ley 24.441, fue lejos la figura de mayor crecimiento en la última década, como dijimos.

Decimos que es una verdad de a puño para toda hipótesis de negocio, sea o no de fideicomiso, lo siguiente: La calidad de una instrumentación —cualquiera fuere su objeto y finalidad— que contenga una razonable previsibilidad en cuanto a la proyección de sus efectos, por la normativa que rige el tipo y su relación con el resto del ordenamiento jurídico de fondo y ritual, reviste trascendencia no sólo para que los derechos y obligaciones de las partes resulten claramente establecidos a manera de reglas de juego y guía de conducta, donde cada cual sepa a qué atenerse y las consecuencias que producirán esas conductas.

Lo enunciado en el punto anterior es tan elemental que parecería superfluo decirlo; más cansador es que se machaque sobre lo mismo. Sin embargo parece que no siem-

pre hay viva conciencia de lo dicho, por la baja calidad de los conocimientos o porque se subestima la importancia de afinar las previsiones contractuales en los ámbitos donde se supone que debería haber profesionalidad. Somos conscientes de que no es una novedad. Aclaremos sobre este particular que, en el universo de fideicomisos existentes, hay quienes diseñan excelentes estructuraciones de contratos, sin embargo también comprobamos que los hay de baja calidad, especialmente en los llamados contratos de “copy and paste” (copie y pegue), que no advierten la existencia de los primeros como ejemplos a seguir. Tampoco advierten que la mejor doctrina latinoamericana —desde larga data— enfatiza que el contrato de fideicomiso se asimila a un “traje a medida”.

El escenario del litigio es el lugar donde las más de las veces se pone a prueba la calidad de la instrumentación, ya fuere como un factor determinante o accesorio de la resolución del conflicto. En uno u otro caso importa. Con mayor o menor gravedad, incidirá. Por eso, en cualquier supuesto, simplemente agregamos que bien vale la pena prestar el mayor de los cuidados cualitativos cuando se instrumenta un contrato y se diseñan sus previsiones. Esta impronta es plenamente aplicable al fideicomiso, ya fuere en su ver-

sión contractual o en la testamentaria, como concepto general. Repetimos que lo afirmado precedentemente —bajo ningún concepto— apunta o refiere al contrato de fideicomiso de los autos de que trata el fallo comentado, ni siquiera lejanamente, tal como lo advertimos claramente en el punto cuatro del presente comentario.

Por último, el fideicomiso, como figura de innegable utilidad, no es el que genera los problemas o conflictos —salvo en contadas excepciones—, sino su empleo desviado, para lo cual la normativa, sin coartar la libertad contractual, tiene normas propias del tipo, acompañadas por las del resto del plexo jurídico —en uno y otro caso supletorias o imperativas—, más que suficientes para la prevención, remedio, y para la debida sanción y reparación del incumplimiento. La deficiente instrumentación o estructuración del contrato es el otro supuesto que actúa como caldo de cultivo de conflictos. Por esa razón sostuvimos, hace una década atrás, que los problemas no los produce el contrato de fideicomiso, sino el que lo emplea deficientemente o para aquello que la ley no admite (17). ●

Cita on line: AR/DOC/1376/2016

JURISPRUDENCIA

Juicio por jurados

Jurado estancado. Ausencia de acusación fiscal. Actuación de oficio. Carácter acusatorio del proceso. Ley 14.543 de la Provincia de Buenos Aires. Violación de la garantía del debido proceso legal. Nulidad de sentencia que condenó al imputado por el delito de homicidio.

Hechos: El Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires anuló una sentencia que había condenado a ocho años de prisión al imputado por el delito de homicidio simple.

La sentencia que, con jurado estancado, en los términos de la ley 14.543 de la Provincia de Buenos Aires y sin mediar acusación pública, condenó al imputado por el delito de homicidio debe anularse, pues, ante el carácter acusatorio del proceso, era una exigencia ineludible que el juez preguntara al fiscal si iba a continuar con el ejercicio de la acusación, de modo tal que su conducta vulneró la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

119.724 — TCasación Penal, Buenos Aires, sala IV, 27/09/2016. - G., N. M. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/64887/2016]

La Plata, septiembre 27 de 2016.

Antecedentes: I. Llegan los autos a consideración del Tribunal como consecuencia del recurso de casación deducido por los defensores particulares, Dres. N. U. y S. R., contra el veredicto de culpabilidad impuesto en el marco del juicio por jurados y su correspondiente sentencia dictada con fecha 14 de marzo del corriente año, por la que el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7 del Departamento Judicial San Martín condenó a N. M. G. a la pena de ocho (8) años de prisión, accesorias legales y el pago de las costas del proceso, por haber sido encontrado

autor penalmente responsable del delito de homicidio simple, en función de lo normado por los arts. 45 y 79 del Código Penal.

II. Los recurrentes denuncian el apartamiento manifiesto por parte del jurado de la prueba producida en el debate, arribando así a una conclusión irracional, que derivó en una errónea aplicación de ley al caso traído a estudio.

Sumado a ello, entienden que se encuentran vulneradas las garantías de debido proceso y defensa en juicio, toda vez que fueron inobservadas las reglas procedimentales que permiten arribar a un veredicto de culpabilidad.

En apoyo a su postura señalan que los funcionarios S., O., M., M. y M. no pudieron aportar detalles sobre las circunstancias del fallecimiento de V., toda vez que arribaron al lugar de los acontecimientos luego de ocurrido el hecho.

En este mismo orden de ideas alzan sus críticas respecto de la forma en que fue recibida la declaración del testigo P., al haberse permitido dar lectura a las actuaciones labradas en la instrucción —con oposición de esa defensa técnica—, ya que a pesar que el nombrado se mantuvo en sus dichos, ello pudo haber tenido alguna incidencia negativa en el jurado.

Aducen que S., C., B., R. y S., no aportaron datos de relevancia que permitieran arribar a un veredicto de culpabilidad, y que lo depuesto por P. —único testigo presencial de los hechos— se contraponen directamente con las conclusiones efectuadas por el perito G., quien aportó datos relevantes para el análisis del elemento subjetivo del tipo penal en cuestión, explicando que a partir de ello se desvanece el ánimo homicida en la mente del acusado, debido a que no resultó razonable que el agente accionara los frenos si quiso embestir con un vehículo a la víctima de marras, buscando su deceso.

Continuando con el desarrollo de sus argumentos expresan que en el presente pro-

ceso existió una errónea aplicación de la ley adjetiva, que afectó directamente el debido proceso legal de su asistido.

Indican que tras la deliberación se declaró que el jurado estaba estancado (con 9 votos), y que ante ello el magistrado de grado entregó al presidente un nuevo formulario a los fines que sus integrantes pasen nuevamente a deliberar, incumplimiento los alcances del art. 371 quáter del C.P.P., por cuanto omitió preguntarle a la fiscalía o al particular damnificado si deseaban continuar con la acusación, y que recién llegados a ese punto estaban habilitados para volver a deliberar y votar las respectivas cuestiones.

Ante el cuadro descripto solicitan se declare la nulidad del veredicto de culpabilidad por haberse apartado manifiestamente de la prueba producida en el debate, o en su defecto peticionan la nulidad de la sentencia dictada, toda vez que la misma tuvo lugar sin mediar acusación pública o privada, con la consiguiente absolución de su defendido.

Finalmente hacen reserva del Caso Federal, en los términos del art. 14 de la Ley 48.

III. Concedido y elevado el recurso por el “a quo” (fs. 37), se dispuso la radicación en Sala y la notificación a las partes (ver constancias de fs. 53 vta., 56/57 y 59/60 respectivamente), designándose audiencia para el día 31 de mayo de 2016 a las 09.00 horas, a efectos que las partes informen oralmente.

Que oportunamente los intervinientes desistieron de la celebración de la audiencia mencionada (fs. 65, 67 y 68/74), motivo por el cual es que se procedió a suspender la audiencia programada y requerir las actuaciones principales por ante estos Estrados, de conformidad con lo solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal ante este Tribunal, Dra. A. M. M., quien postuló el rechazo de las pretensiones articuladas, por entender que no se evidencian las violaciones legales denunciadas (memorial obrante a fs. 93/103).

IV. Cumplidos los trámites de rigor y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes cuestiones: 1ª ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto? 2ª ¿Es procedente el mismo? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Kohan* dijo:

Entiendo que el recurso es admisible pues además de haberse deducido en tiempo y forma, se dirige a cuestionar una sentencia definitiva que, por su carácter condenatorio, genera agravio al imputado y su defensa técnica (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 1.1, 8 inc. 2 ap. “h”, 25 de la C.A.D.H.; 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; 421, 448 bis, 450, 451, 454 inc. 1º y ccetes. del C.P.P.).

Voto por la afirmativa.

El doctor *Natiello* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

2ª cuestión. — El doctor *Kohan* dijo:

I. Atento a la entidad de los planteos efectuados por los recurrentes, con el objeto de brindar un debido tratamiento al recurso interpuesto, procederé a referirme al agravio por medio del cual la defensa de G. denuncia el quebrantamiento de las formas estatuidas en el art. 371 quáter del Ceremonial, al considerar que en el presente juicio se arribó a un veredicto de culpabilidad sin contar con una acusación formal por parte del Ministerio Público Fiscal.

En este sentido debo adelantar que resultan ciertamente atendibles los reclamos efectuados por los recurrentes, motivo por el cual adelanto que haré lugar a los mismos declarando procedente el remedio procesal impetrado.

A modo de introducción es dable apuntar que el proceso penal que impera en la provincia de Buenos Aires a partir de la sanción de la ley 11.922 es uno de neto corte acusatorio. No obstante parecer trillado el enunciado, conviene, a la luz de las circunstancias que son traídas a estos Estrados para su consideración, recordar las palabras del profesor Maier quien señala con una envidiable claridad que: "...La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho a defenderse y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*Nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye..." (Maier, Julio B., "Derecho Procesal Penal Argentino", Tº I, pág. 207).

Desde que existe la persecución penal estatal, que data de la antigua Grecia y de Roma, resurgiendo con la Revolución Francesa pero desdoblada en un Ministerio Fiscal separado de la otra función del Estado que resulta fundamental cual es el juzgamiento, podemos afirmar que en realidad estamos frente a un sistema mixto, donde en lo que nos atañe, la decisión final se toma luego de un juicio celebrado por jurados populares, pero que ha sido precedido de una investigación preliminar llevada a cabo por el acusador público que pretende sostener su caso en contra del imputado, quien es sujeto de derechos y que ostenta status jurídico de inocente.

Un proceso penal de tales características como el que nos rige no significa otra cosa que un proceso de partes, esto es, en palabras de Maier, un procedimiento de "lucha" o "combate" —en el caso de nuestra civilización actual, una batalla intelectual— entre los representantes de cuanto menos dos intereses contrapuestos. El Derecho reconoce en uno de los combatientes al pretendido titular o representante del interés que quiere ser reconocido o reparado judicialmente, el llamado "actor" —o "acusador", en materia penal— y, del otro lado, enfrente, a quien, como contrincante eventual, se puede enfrentar a ello, sobre todo, con interés en oponerse a que el interés denunciado como lesionado sea repuesto en vigencia a su propia costa; éste es el "demandado" —"imputado" o "acusado"—.

Esta verdadera "contienda" intelectual será decidida por el Juez, quien es uno de los Poderes del Estado que debe actuar como tercero imparcial ante quien las partes hacen valer sus argumentos y pretensiones, que se encuentra en una posición relativamente pasiva.

Así las cosas, es menester destacar que dentro de un sistema acusatorio material, el principio aludido significa que el órgano estatal llamado para decidir las controversias de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista un sujeto que represente y cumpla las funciones de acusador, el cual defina el objeto de discusión y le requiera su pronunciamiento respecto de la controversia que se suscite alrededor del mismo, mientras que el imputado resiste esa pretensión haciendo valer sus derechos.

La relación entre las partes y el juez es equidistante, donde las primeras ocupan el

mismo nivel. En este modelo, son ellas las dueñas de la contienda y las que, mediante su actividad, llevan adelante el procedimiento.

La mención del sistema de enjuiciamiento acusatorio, se encuentra ya en los albores de nuestra organización y en la historia constitucional argentina. Así, puede citarse a Gondra, quien rescataba las palabras del Senador Zapata, integrante de la Convención Constituyente de 1853, quien al informar sobre el art. 7 de la ley 182 dictada por el Congreso de Paraná señaló: "...Nuestros jueces federales, como los norteamericanos, y según las sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo, conservan en el ejercicio de sus altas funciones los tres caracteres distintivos de todo juez común. Conservan su primer carácter que es servir de árbitro entre partes; porque no obran jamás sin que haya contestación, ni juzgan sin que haya proceso. Mientras una ley no da lugar a una contestación y reclamo, el Poder Judicial Federal no se ocupa de ella: jamás pronuncia sobre una ley sin partir de un proceso, porque esto sería salir de su esfera para penetrar en el Poder Legislativo...Conservan el segundo carácter del Poder Judicial que consiste en pronunciar siempre sobre casos particulares y no sobre principios generales. Perderían este carácter si atacaran directamente un principio general, sin tener en vista un caso particular, pues entonces desempeñarían una función muy diferente de la de magistrado...Conservan por fin el tercer carácter particular de todo poder judicial que constituye en no poder obrar sino cuando se le invoca o es requerido. Los jueces federales son por su naturaleza pasivos; es preciso ponerlos en movimiento para que se muevan; que se les denuncie o acuse un crimen para que lo castiguen, que se les pida la corrección de una injusticia para que la corrijan o enmienden; que se les someta en fin un acto y se reclame de él para que lo interpreten y juzguen. Ellos no irán espontáneamente y por sí mismos a perseguir al criminal, a buscar la injusticia o indagar o examinar los hechos. Si así obrasen, desnaturalizarían su carácter pasivo, tomando una iniciativa que no deben tener y constituyéndose en censores de las leyes y de los actos..." (Cfr. Cámara de Senadores, 1857, p. 222. La cita ha sido tomada de Gondra, Jorge M., "Jurisdicción federal", Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 30/31).

De esta forma, hacía aparecer como integrante de la base constitucional, en la relación existente entre la forma republicana de gobierno, la consecuente separación de funciones entre acusación y defensa, la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa del imputado.

Sentado lo dicho, corresponde aquí resaltar que el constituyente se muestra decididamente a favor del concepto de "juicio justo" con el fin que el Juzgador se limite a cumplir solamente ese rol. Es por eso que en tres artículos distintos situados en otras tantas partes de la Carta Magna (arts. 24, 75 inc. 12º, y 118), ha tomado como modelo el juicio por jurados. Y no resulta ocioso resaltar que este tipo de enjuiciamiento, solo funciona sobre la base del un Tribunal neutral (Conf. Carrió, A. D. "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos", págs. 63 y siguientes).

Entonces, el entablar esta "contienda penal" permite acercarse a la idea de confrontación entre el acusador y la defensa. Y dentro del sistema de juicio por jurados, dicha suerte de "justa intelectual" es necesaria para que éste, como Juez accidental encargado de delimitar la conformación fáctica de la imputación, pueda valorar dentro del debate oral y con la intermediación que este proporciona, los elementos de prueba

que den sustento a los casos que pretenden presentar los adversarios procesales. Y en ese marco es que el contradictorio y la imparcialidad son necesarios para acercarnos al conocimiento de la verdad procesal en un sistema de enjuiciamiento por jurados.

Pero las referencias de corte acusatorio no se limitan al juicio por jurados que ha sido introducido por la ley 14.543 sino que venía, como se dijera, ya desde la sanción del Código instituido por la ley 11.922. En efecto, ello se avizora desde el ofrecimiento de prueba, contemplado en el art. 338 del Ritual, donde son los intervinientes los encargados de diseñar la prueba que se llevará a cabo en el transcurso del debate oral, encontrándose limitada la labor del Tribunal de Juicio a sugerir la prescindencia de aquella prueba que estime impertinente, superabundante o superflua, y llegado el caso, a ordenar la instrucción suplementaria sólo si una de las partes así lo solicita, colocando así la carga de comprobar la culpabilidad del acusado en cabeza de la Fiscalía (art. 367), o de diseñar un sistema de medidas cautelares de tipo personal, las cuales solamente pueden ser impuestas a pedido de ese Ministerio Público (v. gr., la detención y la prisión preventiva entre otros —arts. 151 y 158 del citado cuerpo legal—).

Lo novedoso que ha instituido la ley 14.543 en correlación con lo aquí desgranado es el procedimiento que debe observarse en el caso de existir un "jurado estancado", que encontró consagración normativa en el art. 371 quáter inciso 2º del C.P.P.. Esta institución, conocida en el derecho anglosajón como "*hung jury*", se verifica cuando luego de realizarse los tres comicios ordenados por el rito no se alcanzan los votos dentro del jurado para emitir un veredicto, pero hubiere cuanto menos ocho sufragios afirmativos pero menos de los exigidos para resolver la culpabilidad (diez o los doce según el caso).

Aquí el legislador bonaerense pretendió reafirmar una vez más el carácter acusatorio que posee el procedimiento penal al exigirle al Juez del debate que convoque al jurado y a las partes, anunciando que se declaró jurado estancado, *debiendo preguntar al Fiscal si va a continuar con el ejercicio de la acusación*.

Ésta no es una mera facultad que posee el Juzgador sino es, como lo señalara en el párrafo que antecede, un verdadero deber, una exigencia ineludible que resulta derivación necesaria del sistema acusatorio al que se ha hecho alusión a lo largo de la presente.

Si el Legislador ha incluido una nueva instancia en la que el Ministerio Fiscal (o el particular damnificado, según el caso) debe sostener o no su pretensión punitiva, tal renovación del acto viene a colación de la situación verificada donde los jueces de los hechos no alcanzan las mayorías exigidas por la ley y es por ello que consideran necesaria la manifestación expresa del representante de la vindicta pública de la reivindicación acusatoria, sin que pueda soslayarse o tenerse por tácitamente cumplida por su silencio ni que se considere sostenida por acusación anterior. Ello no es ni más ni menos que un relanzamiento necesario del único acto que habilita a los Jueces a imponer una condena cual es la existencia de una real acusación efectuada en tiempo y forma oportunos.

Por tanto, a la vista de lo actuado y que ha sido relevado del acta de debate como del registro digital del mismo, nos encontramos aquí frente a una actuación oficiosa del Juez de Juicio, violatoria de la referida prohibición de obrar de esa forma ("*ne procedat ex officio*"), siendo que de tal modo se ha visto violentada la garantía del debido

proceso legal, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional que exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. Si dichas formas no son respetadas y se dicta sentencia condenatoria sin que medie requerimiento de acusación en el momento previsto por la ley, estamos frente a la aludida transgresión de la máxima constitucional referida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en sintonía con la línea que aquí se ha trazado, resaltando los caracteres del juicio de corte acusatorio y la imposibilidad del juzgador de actuar en forma oficiosa en temas que son de exclusiva competencia de quien ejerce el rol del acusador. Así, ha sostenido que: "...La exigencia de "acusación", si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad..."

Agregó luego con firmeza: "...Ello es así por cuanto en el marco de un sistema procesal regido por el principio de legalidad procesal, en el cual la pretensión penal pública es llevada adelante por dos representantes del Estado (el fiscal y el juez), la exigencia de que las funciones de acusar y juzgar se encuentren, al menos formalmente, en cabeza de funcionarios distintos queda completamente diluida si también el tribunal de alzada puede, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir, por sí solo, que se produzca la acusación y la apertura del debate..."

Prosiguió el Supremo Tribunal de la República remarcando estos conceptos al referir que: "...En efecto, aun en un contexto normativo limitado a lo que ha dado en llamarse el principio "acusatorio formal" (conf. acerca de este concepto, Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 86 y sigtes), resulta insostenible que sea el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria el que pueda ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella. Tal actitud es susceptible de generar dudas en cuanto a la imparcialidad con que debieron haber controlado el procedimiento de instrucción, esto es, permaneciendo "ajenos". Cabe recordar que este Tribunal ha reconocido desde siempre que el derecho a ser juzgado por los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, Constitución Nacional) debe ser entendida como sujeta a la garantía de imparcialidad, reconocida como garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio (Fallos: 125:10; 240:160), sin restricción alguna en cuanto al mayor o menor avance de las etapas procesales..."

Reafirmando las bases del sistema acusatorio y la imposibilidad de la actuación oficiosa del Juez, prosiguió la Corte remarcando que: "...Aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar. De otro modo, ...el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa,

VIENE DE PÁGINA 11

sino de quien decide, y de quien debería poder esperar independencia de criterio...”

Se cerró el pronunciamiento con una exhortación: “...Es función de legislador diseñar el proceso penal de tal manera que estén aseguradas del mejor modo posible las garantías individuales y que la más mínima duda de menoscabo a las garantías sea disipada con la solución más favorable a la protección del derecho respectivo...” (C.S.J.N., Q. 162. XXXVIII. - “Quiroga, Edgardo Oscar s/causa N° 4302”, rta. 23/12/2004).

En el “*sub lite*”, no es el legislador quien ha fallado sino la judicatura que ha excedido sus atribuciones.

Como cierre, creo conveniente mencionar que el criterio aquí desarrollado es avalado por calificada doctrina nacional en

la materia que tiene dicho que, cuando un jurado ha sido declarado estancado, el Juez “...Inmediatamente, y como corresponde en un sistema acusatorio, le cederá la palabra al fiscal y le preguntará si continuará ejerciendo la acción penal o si la desiste en vistas del resultado” (—la bastardilla me pertenece— Harfuch, Andrés, “El Juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14.543 comentada y anotada. El modelo de jurado clásico”, Ed. “Ad Hoc”, págs. 283/4).

Es decir, se requiere de una manifestación expresa del acusador de su intención de continuar con la acción penal sosteniendo la acusación para que el Juez pueda ordenarle al jurado una nueva deliberación, sin que tal impulso pueda ser realizado en forma oficiosa por el órgano que ejerce la jurisdicción.

Al no mediar requerimiento acusatorio en la oportunidad establecida por la ley —tal

y como lo desarrollara más arriba—, considero que nos encontramos con una situación parangonable con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que informa los precedentes recaídos en las causas “Tarifeño” (325:2019), “García” (Fallos: 317:2043), “Cattonar” (del 13/06/1995; ‘Fallos’ 318:1234), “Bensadón” (10/08/1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 621-622), “Saucedo” (12/09/1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 623-624), “Ferreira” (20/10/1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 627-628) y “Cáseres, Martín” (25/09/1997, ‘Fallos’ 320-1891), “Mostaccio” (Fallos: 327:120), lo que conlleva la nulidad del pronunciamiento al que arribara el jurado en el caso analizado.

II. De conformidad con lo hasta aquí expuesto, considero que resulta inoficioso el tratamiento del resto de las cuestiones sometidas a conocimiento de este Tribunal, por lo que propondré al acuerdo anular el veredicto de culpabilidad y la sentencia recaída en estos autos, reenviando la presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada proceda a la celebración de un nuevo debate, con la premura que el caso amerita, sin costas en esta instancia.

Así lo voto.

El doctor *Natiello* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

3ª cuestión. — El doctor *Kohan* dijo:

Visto el modo en que ha quedado resuelta la cuestión precedente, estimo que corresponde: 1) declarar formalmente admisible y procedente el recurso de casación deducido por los defensores particulares, Dres. N. U. y S. R., a favor de N. M. G.; 2) anular el veredicto de culpabilidad y la sentencia recaída en estos autos, reenviando la presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada proceda a la celebración de un nuevo debate, con la premura que el caso amerita, sin costas; 3) tener presente la reserva del Caso Federal oportunamente

efectuada, y; 4) diferir la regulación de honorarios profesionales a los letrados intervinientes, Dres. N. U. y S. R., por la labor desplegada en esta sede, una vez que los mismos hayan sido regulados en la instancia (artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18, 24, 75 incs. 12 y 22 y 118 de la Constitución Nacional; 371 bis, ter y quáter, 448 bis, 450, 451, 454 inc. 1º, 461, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 14 de la Ley 48; 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904).

Así lo voto.

El doctor *Natiello* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Kohan*, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve: I. Declarar formalmente admisible y procedente el recurso de casación deducido por los defensores particulares, Dres. N. U. y S. R., a favor de N. M. G.. II. Anular el veredicto de culpabilidad y la sentencia recaída en estos autos, reenviando la presente a la instancia de origen, para que, debidamente integrada proceda a la celebración de un nuevo debate, con la premura que el caso amerita, sin costas. III. Tener presente la reserva del Caso Federal oportunamente efectuada. Rigen los artículos 1.1, 8.2.h y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 18, 24, 75 incs. 12 y 22 y 118 de la Constitución Nacional; 371 bis, ter y quáter, 448 bis, 450, 451, 454 inc. 1º, 461, 530 y 531 del Código Procesal Penal; 14 de la Ley 48. IV. Diferir la regulación de honorarios profesionales a los letrados intervinientes, Dres. N. U. y S. R., por la labor desplegada en esta sede, una vez que los mismos hayan sido regulados en la instancia. Arts. 1, 9, 16, 31, 33 y 51 de la ley N° 8904. Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente remítase. — *Mario E. Kohan*. — *Carlos A. Natiello*.

THOMSON REUTERS
LA LEY

Descargue TR La Ley
en su celular

Ya está disponible **TR La Ley**, la App que lo mantendrá actualizado con todas las **novedades jurisprudenciales, doctrinarias y legislativas** de forma **rápida, simple y sin cargo, esté donde esté**.

Con la App **TR La Ley** usted podrá:

- Recibir las novedades jurídicas del día
- Personalizar y configurar “alertas” del contenido que desea recibir
- Consultar normas de uso frecuente
- Acceder a podcasts y videos



Descargue la **TR La Ley**
hoy mismo desde:



the answer company™
THOMSON REUTERS®

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°3, a cargo del Dr. Roberto R. Torti, Secretaría N°6, a cargo de la Dra. Viviana Juana Malagamba, sito en Libertad 731, piso 4to. de esta Ciudad, hace saber que el Sr. GARCÍA MORALES EMIDIO DNI N°94.208.919 de nacionalidad cubana, ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días en “LA LEY”.

Buenos Aires, 17 de noviembre de 2016
Viviana J. Malagamba, sec. fed.
LALEY: I. 30/11/16 V. 30/11/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°8, Secretaría N°15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que a ELIANE LUCIO DA SILVA, nacida en Jupi - Pernambuco - Brasil, el día 21 de noviembre de 1976, con D.N.I. N°94.312.293, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado

por dos veces en un lapso de quince días en LALEY.

Buenos Aires, 2 de noviembre de 2016
José Luis Cassinero, sec.
LALEY: I. 25/11/16 V. 25/11/16

El Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial N°2, Secretaría única a mi cargo, del Departamento Judicial de Gral. San Martín cita y emplaza a MICAELA IVON VOGEL, para que en el término de 10 días se presente en autos “CASTRO FEIJOO, MATÍAS c/VOGEL, MICAELA IVON y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS” a estar a derecho y tomar la intervención que le corresponde bajo apercibimiento de nombrarse Defensor de Oficial de Pobres y Ausentes para que lo represente en el proceso. El presente debe publicarse por el plazo de dos días en el diario “La Ley” de la Ciudad de Buenos Aires.

Gral. de San Martín, 19 de septiembre de 2016
Federico Daniel Masin, aux. let.
LALEY: I. 24/11/16 V. 25/11/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°8, Secretaría N°16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal,

hace saber que ALBERTO GASTÓN SANTAMARINA MACIA nacido en La Habana, Cuba, el 23 de septiembre de 1985, con DNI: 95.288.234 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LALEY”.

Buenos Aires, 24 de octubre de 2016
Silvina A. Bracamonte, sec.
LALEY: I. 24/11/16 V. 24/11/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°10, Secretaría N°20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, informa que la Sr/a. SVETLANA NESMASHNAIA de nacionalidad rusa, con D.N.I. N°95.542.041 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LALEY.

Buenos Aires, 3 de noviembre de 2016
Matías Abraham, sec. int.
LALEY: I. 23/11/16 V. 24/11/16