

Doctrina

Las consecuencias indemnizables en los supuestos de incapacidad por lesiones físicas o psíquicas en el CCyC



Diego A. Lo Giudice

Magíster en Derecho Privado (UNR). Doctorando en Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales (UCA). Profesor Superior en Derecho (UCA); de Derecho de las Obligaciones y Derecho de Daños (UCA y UNR); de Responsabilidades Especiales y Seguros (UCA); de Taller de Jurisprudencia (UCA) y de Teoría de la Reparación (UNR). Participante en proyectos de investigación. Presidente del Instituto de Derecho de Daños del Colegio de Abogados de Rosario.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El artículo 1746 del Código Civil y Comercial.— III. Gastos.— IV. Las actividades productivas.— V. Las actividades económicamente valorables.— VI. Las actividades sin contenido patrimonial.— VII. La procedencia de la indemnización a pesar de continuar realizando tareas remuneradas o la percepción de alimentos por un tercero.— VIII. El lucro cesante actual o pasado. Criterios de diferenciación y cálculo.— IX. Intereses.— X. Pérdida de chance.— XI. Daño moral o extrapatrimonial.— XII. La situación con algunos de los denominados “nuevos daños”.— XIII. Conclusiones.

I. Introducción

Desde una concepción amplia se puede definir a la incapacidad como “la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales” (1). Esta noción no se limita a valorar una faceta económica, sino que se extiende a la totalidad de los aspectos de la persona.

Se debate la naturaleza y composición de la indemnización derivada de su afectación. Por esta razón, el paso inicial es encuadrarla adecuadamente, para luego ingresar en el estudio de sus alcances y el método de cuantificación.

Debe analizarse, en primer lugar, si se deben incluir sus consecuencias dentro de la tradicional clasificación bipartita de daños resarcibles o si se trata de un tercer género (2).

En este punto, la mayoría de la doctrina coincide en que no existen otras categorías más allá del daño patrimonial y extrapatrimonial (3). Siguiendo este razonamiento, no nos parece que la segunda parte del artículo 1738 contemple “terceros rubros” o “tipos de daño moral”, sino que contempla al daño extrapatrimonial en términos generales —al hablar de las “afecciones espirituales legítimas”— y luego menciona, a título ejemplificativo, algunos supuestos relevantes (4) en los que se lesionan bienes y que pueden generar distintas repercusiones. En este sentido se había expedido Buenos con relación al ordenamiento anterior, al afirmar: “...el Código Civil establece dos tipos de daños: el patrimonial y el moral [...] Por tanto, las lesiones a la estética, a la síquis, a la vida de relación, etcétera, constituyen menoscabos naturalísticos a bienes (a veces a la lesión o menoscabo se le denomina evento). Pero el daño será la minoración de intereses patrimoniales o morales

(espirituales) derivada de aquel menoscabo primario” (5).

A pesar de esta aclaración, puede ser conveniente utilizarlas como partidas indemnizatorias, siempre y cuando se explique con claridad cuáles son las secuelas que provocan. Lo mismo sucede con la incapacidad; se trata de una situación lesiva que puede ocasionar distintas consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales (aunque la mayoría de los fallos fija un monto por este concepto, sin realizar mayores precisiones).

II. El artículo 1746 del Código Civil y Comercial

La norma regula las consecuencias *patrimoniales* que debe comprender la reparación de la incapacidad, en los siguientes términos: “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evalua-

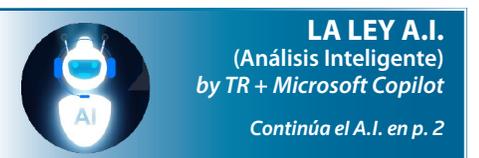
ca por Fernández Sessarego (“El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984”, Lima Cultural Cuzco, 1985). La Corte en distintos fallos adoptó una postura que se acerca a esta tesis (así lo hemos sostenido en “La cuantificación de los daños por lesiones físicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional”, ED, t. 294, 10/12/2021).

(3) Esta postura —con la que coincidimos— es sostenida, entre otros, por PIZARRO Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, ps. 729/731; y ZAVALA de

GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (colab.), Alveconi, Córdoba, 2015, 1ª ed., t. II, ps. 586.

(4) Por este motivo, la norma destaca que la indemnización los “incluye especialmente”.

(5) BUERES, Alberto J., “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la síque, a la vida de relación y a la persona en general”, RDPyC 1992-1, RC D 1208/2012.



¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. El art. 1746 del Código Civil y Comercial regula las consecuencias patrimoniales que debe comprender la reparación de la incapacidad, en los casos de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial.

2. Lo primero que debe tenerse en cuenta, entonces, es la necesidad de realizar una discriminación de cada uno de los aspectos, con el fin de lograr una reparación que abarque a todas las consecuencias dañosas y evite una superposición entre los distintos rubros resarcibles.

3. Resulta indispensable utilizar fórmulas matemáticas para fijar el alcance cuantitativo de esa pérdida de productividad.

4. Lo que se indemniza es la repercusión negativa sobre el modo de vivir del sujeto (su existencia), más allá de que, generalmente, también experimente un dolor que debe ser resarcible.

5. Es necesario que paulatinamente se comiencen a establecer pautas concretas para otorgar una mayor previsibilidad a los actores del sistema.

¿Cuál es el tema jurídico debatido?

La cuantificación de las consecuencias indemnizables en los supuestos de incapacidad por lesiones físicas o psíquicas en el Código Civil y Comercial. Se analizan los distintos rubros resarcibles que se derivan de la incapacidad, tales como los gastos, las actividades productivas, las económicamente valorables

Columna de opinión

[La nueva Observación General N° 26 y el principio de equidad intergeneracional a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño](#)



Laura V. Bonhote

6

Nota a fallo

[Reconocimiento de la vulnerabilidad estructural padecida por una empresa ante su proveedor de servicios bancarios](#)



Valeria Pardo

8

Continuación del A.I. de p. 1

y aquellas sin contenido patrimonial. Asimismo se examinan las ventajas y desventajas de utilizar fórmulas matemáticas para determinar el monto de la indemnización por lucro cesante y daño emergente futuro.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Incapacidad legal: todo lo que debes saber](#)

Este artículo proporciona una visión general del proceso de incapacidad legal o civil, que protege a las personas que no pueden gobernarse por sí mismas debido a deficiencias o enfermedades persistentes de carácter psíquico o físico.

[El nuevo criterio legal respecto a la incapacidad judicial](#)

Este artículo discute la "Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. La ley introduce una importante reforma en el derecho respecto a la capacidad de las personas y establece un nuevo régimen relativo a la "incapacitación judicial"

da mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Allí se contempla el resarcimiento de las lesiones que generan una incapacidad permanente, sin distinguir si es total o parcial. Deja en claro, además, que no cabe limitar su alcance a aquellas que se producen sobre el cuerpo de la víctima, sino que también se extiende al aspecto psíquico.

Al fijar la indemnización, el juez debe valorar que el sujeto puede verse afectado de distintas maneras: a) al sufragar gastos médicos, farmacéuticos y de transporte, respecto de los cuales existe una presunción; b) si se ve disminuido en su aptitud para realizar actividades productivas (aquí podría quedar abarcada incluso la pérdida de chances de incrementos futuros); y c) cuando no puede realizar del mismo modo aquellas que son económicamente valorables.

Se advierte que la norma comprende únicamente el daño patrimonial derivado de la incapacidad, pero no podría forzarse hasta el límite de considerar incluida a la faceta social o recreativa afectada (reunirse con amigos, jugar al fútbol, etc.). En este último supuesto, estamos frente a un daño extrapatrimonial —sin perjuicio de que se extienda más allá del mero dolor— y, por lo tanto, encuentra fundamento en otra normativa.

Lo primero que debe tenerse en cuenta, entonces, es la necesidad de realizar una discriminación de cada uno de estos aspectos, con el fin de lograr una reparación que abarque a todas las consecuencias dañosas y evite una superposición entre los distintos rubros resarcibles. Así, por ejemplo, al valorar la incapacidad sería conveniente contemplar: a) daño emergente; b) actividades productivas (en algunos casos constituyen un lucro cesante —actual o futuro— y en otros una pérdida de chance); c) actividades económicamente valorables (puede tratarse de un daño emergente o un lucro cesante); y d) daño moral (aquí queda comprendido no solo el sufrimiento experimentado por la víctima, sino también la imposibilidad de llevar una vida en los mismos términos, por lo que abarcaría a las actividades sin contenido económico).

III. Gastos

En el texto legal se presume la existencia de gastos médicos, farmacéuticos y de transporte, siempre que resulten razonables y adecuados a la índole de las lesiones. También puede inferirse la existencia de otras erogaciones cuando surge de las características del daño.

Pueden ser actuales o futuros (por ejemplo, si se trata de una incapacidad que necesariamente requerirá acompañamiento, medicación o un tratamiento). Aquí la relación de causalidad puede jugar un papel

decisivo, sobre todo cuando se solicita la realización de procedimientos experimentales o cuyo resultado no es certero.

Sin embargo, no es necesario que se garantice la recuperación y basta con que previsiblemente produzcan una mejoría o rehabilitación parcial. En ciertos casos, además, puede ser necesaria la readecuación del damnificado para poder convivir con la incapacidad (6).

Por otra parte, cuando las obras sociales o prepagas brindan atención al paciente luego del hecho, se admite la subrogación para demandar al responsable por la repetición del dinero invertido con esa finalidad (7).

IV. Las actividades productivas

La doctrina no ha sido pacífica con relación a los alcances de la indemnización prevista en artículo 1746 del Código Civil y Comercial. Más allá de que la incapacidad pueda generar distintos tipos de daños, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, entendemos que las ganancias frustradas a raíz de esa situación lesiva constituyen un lucro cesante (8). Este criterio es el que mejor se adecua a la letra de la ley.

Ella dispone que para cuantificar este rubro se debe determinar un "capital". Y, al fijarlo, se deben tener en cuenta las "rentas" (9) necesarias para cubrir la disminución de la aptitud para realizar actividades productivas —o económicamente valorables— en un futuro.

Nos parece claro, entonces, que es indispensable utilizar fórmulas matemáticas para fijar el alcance cuantitativo de esa pérdida de productividad. Más allá de algunas objeciones, la mayoría de la doctrina se ha expedido en este sentido (10). No pueden cuantificarse los lucros que previsiblemente dejaría de percibir la víctima sin recurrir a ellas. En otras palabras: si la indemnización tiene como fundamento que la incapacidad le producirá una pérdida de capital (11) hasta que cese su posibilidad de obtener ganancias (12) y a ello se le debe descontar un interés constante —por la entrega anticipada de un dinero que hubiera percibido en períodos futuros (13)—, no existe otra manera de determinarlo.

A este cálculo también lo puede realizar el juez sin acudir a uno de los métodos existentes (14), pero nos parece fundamental que deje constancia de la operación reali-

zada y no lo determine "en su mente" o mediante algún mecanismo informal.

En ciertas ocasiones este trabajo será simple (por ejemplo, si la víctima cuenta con poca vida productiva por delante y tiene un salario fijo, deben establecerse los posibles ingresos durante esta etapa), mientras que la mayoría de las veces se tratará de una cuestión más compleja.

Con el fin de explicitar el origen del resarcimiento, se diseñaron distintas fórmulas: Vuoto (15), Marshall (16), Méndez (o Vuoto II) (17), Las Heras - Requena (18) y Acciarrri (19), entre otras. Se trata, en términos generales, de distintas variantes de la misma operación (20). En ciertos casos, incluso, se han aplicado algunas simplemente denominadas como "matemáticas" o "polinómicas" (21), como así también aquella prevista en la Ley de Riesgos del Trabajo.

A este sistema se le han formulado críticas:

i) Se afirma que tiene una mirada economicista del Derecho.

Históricamente la Corte ha destacado que la indemnización no debe limitarse a este aspecto (22) y advierte que, si bien las fórmulas matemáticas explican el origen del monto que se le otorga a la víctima y le brindan previsibilidad al sistema, las "circunstancias del caso" pueden abarcar otras situaciones que ellas no contemplen (23). Sin embargo, se advierte un avance hacia criterios objetivos al exigir un método de cálculo en algunas ocasiones (24) o tener en cuenta, como pauta *ineludible*, la fórmula de riesgos del trabajo (25).

En realidad, su aplicación no es incompatible con aquel criterio: solamente tienen relevancia para determinar el lucro cesante derivado de la disminución de la aptitud para realizar actividades productivas (26), lo que siempre puede volcarse en un cálculo actuarial. Podría decirse que ello también surge de los criterios del Máximo Tribunal en fallos como "Arostegui" (27) o "Grippe" (28), en los cuales no se expidió en contra de las fórmulas, sino de la falta de consideración de otras consecuencias.

Al día de la fecha la jurisprudencia no es pacífica. En muchos casos, el monto de la indemnización sigue justificándose únicamente en la "prudencia judicial" que, en definitiva, termina remitiendo al "valor del punto" (29) o de preceden-

(6) ZAVALA de GONZÁLEZ, La responsabilidad..., ob. cit., t. III, ps. 275/276.

(7) Entre otros: CNCiv., Sala H, "Obra Social Empresarios Profesionales y Monotributistas c. Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/ cobro de sumas de dinero", 26/2/2020, LA LEY 03/08/2020, 5.

(8) En cambio, se ha sostenido que la indemnización por incapacidad prevista en el artículo 1746 CCyC no abarca a un lucro cesante, sino a un daño emergente, pérdida de chance o ambos a la vez (OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 154; y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Derecho de daños", Hammurabi, 2020, Buenos Aires, p. 342).

(9) Como bien se aprecia en la norma, debe cuantificarse mediante la entrega de un pago único y no una "renta periódica". Cabe recordar que esta última posibilidad no ha sido del todo extraña en nuestro país: tuvo lugar en un fallo de 1945 de la CSJ Santa Fe (LL 40-926); o en las distintas soluciones que traía la Ley de Riesgos del Trabajo. En un sentido diferente, expuso Lorenzetti: "¿Por qué no condenar a contratar un seguro que dé una renta hasta la jubilación? Si esto no es posible, se puede optar por la alternativa de dar una única suma, pero determinada en base al cálculo actuarial" (LORENZETTI, Ricardo L., "La lesión física a la persona. el cuerpo y la salud. el daño emergente y el lucro cesante", RDPyC 1992-1, RC D 1718/2012).

(10) Hemos tratado la cuestión en LO GIUDICE, Diego A. - RASCHETTI, Franco - VERGARA, Emilio, "La cuantificación del daño a través de fórmulas matemáticas. Pers-

pectivas para los tribunales de Santa Fe", ED-CMXII-755.

(11) Se ha sostenido: "Supongamos que, por una cierta lesión con repercusiones estéticas, una persona pasa a tener un 10% (0,1) menos de probabilidad de obtener un empleo remunerado con \$ 2000, que otra en idénticas condiciones (*caeteris paribus*). Si esto fuera así, la idea de valor esperado justificaría la asignación de un 10% de incapacidad. La razón, no es que una vez obtenido el empleo, vaya a ganar solo \$ 1800 (un 10% menos) sino que el valor esperado de ese empleo, en su nueva condición será un 10% inferior: aunque ganaría lo mismo si obtuviera el empleo, ha decrecido la probabilidad de obtenerlo. Y se da también el caso inverso: a veces, aunque no disminuya la probabilidad de ingresar a una actividad, puede preverse que se va a ganar menos en el desarrollo de la misma. Por ejemplo: aunque una disminución de la capacidad pulmonar no produjera una disminución en la probabilidad de ingresar a una actividad, produciría una disminución esperable en las ganancias que la misma proporcione, si está retribuida a destajo. Lo propio ocurre con ciertas afecciones psicológicas" (ACCIARRI, Hugo A. - IRIGOYEN TESTA, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", LA LEY, 2011-A, 877).

(12) Lo que en realidad supone una generalización de muy largo alcance (ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, "La responsabilidad...", ob. cit., t. III, págs. 338). En un principio se consideraba que debía alcanzar hasta la jubilación, aunque tal cuestión fue extendiéndose de-

bido a que la vida útil y la realización de actividades productivas no se acaba allí (cfr. LORENZETTI, ob. cit.).

(13) *Ibidem*, t. III, ps. 332/333; CS, "Medina, Sixto L. c. Lipez, Carlos", 27/7/1978, Fallos: 300:862; puede verse sobre este aspecto.

(14) Se han dictado fallos simplemente destacando que se utilizaba una fórmula "polinómica" o "matemática", sin recurrir a ninguna de las habituales (ACCIARRI - IRIGOYEN TESTA, ob. cit.).

(15) CNTrab., sala III, "Vuoto, Dalmero c/ Telefunken Argentina S.A.", 16/6/1978, ED 81-312.

(16) TS Córdoba, sala Penal, Marshall, Daniel A. s/ Homicidio Culposo - Daños y Perjuicios", 22/3/1984, "JA 1985-I-214.

(17) CNTrab., sala III, "Méndez, Alejandro D. c. Mylba S.A. y otro", 28/04/2008, RDLSS, 2008-11-953, Lexis N° 70044346.

(18) ZAVALA de GONZÁLEZ, "Resarcimiento...", ob. cit., t. IV, ps. 498/499.

(19) ACCIARRI, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LA LEY, 2015-D, 677.

(20) ACCIARRI - IRIGOYEN TESTA, ob. cit.

(21) Así lo destacan con cita de numerosos fallos de Bahía Blanca: ACCIARRI - IRIGOYEN TESTA, en ob. cit.

(22) CS, "Alfonso de Noya y otros c. Provincia de Buenos Aires", 6/8/1975, Fallos: 292:428.

(23) Se sostuvo: "al margen de la idoneidad de la referida fórmula matemática como método para establecer el quantum de la indemnización [...] si con ella se bus-

có fijar una suma que permitiese resarcir un daño caracterizado como la pérdida de la capacidad de ganancia, era indispensable precisar la entidad de ese daño a fin de justificar la proporción entre el mismo y aquella indemnización" (CS, "Martínez, Wenceslao c/ SIAM Sociedad Industrial Americana Maquinarias Di Tella Ltda.", 7/9/1982, Fallos: 304:1269; reiterado en CS, "Puddu, Julio c/ Jorge Sequenza S.A.", 18/8/1987, Fallos: 310:1591).

(24) CS, "Ibarra, Carlos Alberto c/ Industrias Alimentarias del Sud S.A. y otros s/ despido", 3/9/2019, Fallos: 342:1459.

(25) CS, "Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/ Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. O muerte)", 2/9/2021, Fallos: 344:2256.

(26) Y, según el criterio que se adopte, también pueden ingresar las actividades económicamente valorables.

(27) CS, "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega ART S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.", 8/4/2008, Fallos: 331:570.

(28) CS, "Grippe", citado.

(29) Sobre la problemática de la utilización de esta modalidad en la jurisprudencia francesa e italiana puede verse KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?", RDPyC 1992-1, RC D 679/12; LORENZETTI, ob. cit.; MENDELEWICZ, José, "La cuantificación del daño a la persona", RDD 2021-1, p. 283. Alguna jurisprudencia lo ha hecho ex-

tes anteriores (30), sin mencionarlo en la sentencia. Los tribunales que adoptan este criterio señalan que a partir de la edad, sexo, incapacidad de la víctima, ingresos, etc., llegan a un determinado monto, pero no explican cómo lo hacen (31). Este método produce una disparidad entre los criterios que se adoptan en los juzgados del país y algunas víctimas perciben indemnizaciones mayores a otras en idénticas circunstancias.

Lo cierto es que, en estos casos, existe alguna operación aritmética; solamente que no se explicita en el fallo.

Creemos que aquellas sentencias que no utilicen alguna fórmula matemática para fijar la indemnización por la disminución de productividad de la persona carecen de una fundamentación adecuada (artículo 3 del Código Civil y Comercial) y lesionan el derecho defensivo de las partes, que no tienen los elementos necesarios para controlar la razonabilidad de la suma otorgada. Adviértase, por ejemplo, la dificultad para apelar un fallo si no existe un método objetivo para determinar el monto. En caso contrario, el abogado que pretende recurrir la decisión tiene la compleja tarea de comparar la suma otorgada con aquellas que se aplicaron en los casos anteriores, aunque se hayan basado en circunstancias distintas (entre ellas, el poder adquisitivo de la moneda).

ii) Las sumas elevadas que pueden fijarse y su incidencia en el valor del seguro.

La responsabilidad civil y el contrato de seguro son dos cuestiones distintas, más allá de su evidente interrelación. El resarcimiento por pérdida de productividad se puede calcular de forma objetiva y es independiente del valor de la prima o de la relación entre asegurador y asegurado (sin perjuicio del límite que significa la suma asegurada). Si se pretende limitar el monto resultante argumentando su relevancia para que el sistema sea sostenible, la discusión es otra (y nunca se plasma en las decisiones judiciales).

Además, también puede generarse la misma situación cuando el juez determina la indemnización sin explicar cómo incide la incapacidad en las consecuencias resarcibles. Y a ello se le suma la dificultad de discutirlo. Con las fórmulas, al menos, los letrados pueden controlar si existe algún

defecto o exceso en la determinación del monto.

Por otra parte, no todas arrojan resultados elevados.

iii) Se ha señalado, con razón, que sigue existiendo discrecionalidad tanto en la operación elegida como en la matización realizada por el juez.

A pesar de ello, es preferible discutir cuál de los posibles parámetros a utilizar resulta más ajustado, antes que obtener sentencias que no fundamenten con claridad el monto final.

Incluso si se conviene el empleo de fórmulas matemáticas, estos son algunos de los problemas que genera su aplicación (32):

- El artículo 1746 del Código Civil y Comercial impone un límite: los lucros se computan hasta el momento en el cual previsiblemente la víctima deje de realizar actividades productivas. Ello no significa que necesariamente deban agotarse en la edad jubilatoria, sino que los avances actuales en la medicina permiten que se pueda seguir prestando tareas durante un tiempo mayor (33). Muchas veces se utilizan los datos sobre la vida probable que publica INDEC, que tiene distintas variables según la edad de la víctima y el sexo.

- Las dificultades que se presentan para realizar cálculos con poca información, debido a la falta de pruebas. Una situación frecuente es la percepción de ingresos no registrados por parte de la víctima (34), que requieren de un notable esfuerzo probatorio y proceden siempre que su interés no esté reprobado por el ordenamiento jurídico.

- Lo ideal es tomar los ingresos al momento de sentenciar. Cuando se acreditan al demandar y luego no se actualizan con proximidad a la decisión final, el juez podría utilizar los medios a su alcance para determinarlos (por ejemplo, convenio colectivo relativo a la actividad, condición ante el IVA, lista sábana, etc.) (35). Es preciso tener en cuenta que el actor puede razonablemente pensar que debía acreditarlos a la fecha del hecho, lo que puede suceder dependiendo del método elegido por el juez.

- En los casos de personas que no tienen ingresos acreditados, no nos parece que

deban desecharse las fórmulas, sino que podrían utilizarse otros parámetros (como el salario mínimo vital y móvil).

- Tasa de interés aplicable. Este aspecto tiene dos derivaciones: a) aquella que corresponde al monto indemnizatorio a raíz de la mora; y b) en concreto, cuál será la que se utilice en la fórmula matemática [tasa de descuento (36)].

V. Las actividades económicamente valiosas

Se trata de aquellas actividades diarias que habitualmente realizan los individuos y que, aunque no generan una productividad en sí mismas, representan una utilidad. A modo de ejemplo: hacer las compras, cortar el césped, lavar, planchar, cocinar, llevar a los hijos al colegio, etc. (37).

Frente a la postura de la Corte que considera a la incapacidad indemnizable en sí misma (38), Zavala de González destacaba que ello significaría valorar una “productividad genérica”, al reconocer sus consecuencias “en casi todos los sujetos, para realizar actividades útiles, así se trate de servicios cotidianos y mínimos, con la salvedad de personas que por extrema ancianidad o invalidaciones previas han perdido drásticamente esas aptitudes y al contrario requieren asistencia ajena” (39).

Sin embargo, debe valorarse la situación concreta, debido a que no todas las lesiones producen este tipo de secuelas (por ejemplo, no se advierten habitualmente frente a cicatrices, pérdidas dentarias, disfonías, imposibilidad de procrear, etc.). Tampoco es indispensable que la lesión tenga gran entidad (40).

Lo relevante es el valor de sustitución: cuando la persona lesionada no puede realizar tareas en el hogar, generalmente se asocian las pérdidas al valor que obtendría quien realiza servicio doméstico (41).

Más allá de la dificultad que implica, también cabe la posibilidad de que estas actividades sean cuantificadas mediante una fórmula matemática, sea como daño emergente futuro o como pérdida de ingresos en el porvenir (42).

Para ello, se pueden tener en cuenta algunos parámetros. En un fallo de Mendoza (43) el juez tomó en consideración un estudio de la CEPAL (Observatorio de

Igualdad de Género para América Latina y el Caribe en el marco de la ONU) (44), que concluyó que en la República Argentina un hombre dedica un promedio de 17,2% de las horas semanales a la realización de trabajo no remunerado, mientras que invierte un 37,3% de ellas en trabajo remunerado. Ante ello, el magistrado dedujo que el trabajo no remunerado de un hombre en Argentina en la actualidad representa el 46,11% de su actividad remunerada. Por esta razón, correspondería cuantificarlo en ese porcentaje del monto de la incapacidad para realizar actividades productivas.

En cambio, el mismo informe destaca que las mujeres en Argentina destinan un 33% de su tiempo a trabajo no remunerado y un 19,8% a trabajo remunerado.

VI. Las actividades sin contenido patrimonial

Si bien en muchos fallos se afirma que la incapacidad no abarca solamente la disminución de la capacidad laborativa de la víctima, sino también la privación de realizar del mismo modo otras actividades (algunas económicamente valorables y otras que no lo son), no se advierte con claridad en qué medida influyen en la indemnización: solo se mencionan como una formulación genérica, sin distinguir cuánto corresponde estrictamente al daño patrimonial por las lesiones físicas y en qué medida se indemniza la imposibilidad de llevar una vida en los mismos términos. Bajo el rótulo “incapacidad” se abarcan distintas cuestiones.

Esa aseveración implicaría, en definitiva, considerar que se encuentran incluidas allí aquellas consecuencias extrapatrimoniales derivadas de la afectación de la vida de relación (45) y de otras circunstancias (46), en cuanto se extienden más allá del “dolor” sufrido.

Entendemos que lo correcto es incluir las dentro del daño extrapatrimonial (47), aunque es importante no confundirlas con el concepto tradicional ligado al sufrimiento ni que se diluya dentro de él [así, por ejemplo, es notorio el padecimiento de una persona que pierde su aptitud para caminar, pero también configura un perjuicio espiritual el hecho mismo de no poder hacerlo (48)].

Lo ideal sería realizar una cuantificación separada —sin perder de vista su naturaleza—

plícito: CCiv. y Com. Morón, sala II, “C., M. A. c. B., S. P. y otros s/ daños y perjuicios”, 28/2/2012, TR LALEY AR/JUR/3636/2012.

(30) Era la postura que adoptaba BORDA, Guillermo, “La indemnización de los daños personales. Un problema no resuelto”, ED 163-1139; en la actualidad: MENDELEWICZ, ob. cit., págs. 294/295; DE LOS SANTOS, Mabel, “Base jurisprudencial para la cuantificación del daño”, RDD, 2021-2, ps. 241 y ss.

(31) La ocultación de los fundamentos hace que la sentencia sea más difícil de revisar (IRIBARNE, Héctor P., “Daños a la persona”, Ediar, 1995, ps. 46 y ss.).

(32) Puede verse: ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, ps. 337/341; AUDANO, Arturo, “Baremos y fórmulas matemáticas: cuantificación del daño por incapacidad a través del análisis económico del derecho”, RDD 2021-1, p. 77.

(33) SÁNCHEZ TORRES, Julio C., en MÁRQUEZ, José F. (director), “Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, Zavala, Buenos Aires, 2015, p. 328; ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, p. 333.

(34) Destaca la amplitud en este punto GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “¿Cuánto por incapacidad?”, RCCyC 2016 (mayo), 191; con cita de los fallos CNCiv, sala H, 15/8/1996, “Filippi, Osvaldo v. Conde, Guillermo”, LL Online 1/52347 y C7ªCC Córdoba, “Matiello, Mónica c/ Empresa Ciudad de Córdoba S.A.C.I.F.”, 13/3/2011.

(35) DEPETRIS, Carlos E. - PITA, Enrique M., “La

cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)”, RCCyC 2021 (febrero), 149, RCyS 2021-II, 33.

(36) Habitualmente los porcentajes de interés reales son más bajos que los previstos en las fórmulas, que oscilan entre el 6 a 8%.

(37) ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, p. 313.

(38) Es una postura reiterada en todos los casos de incapacidad.

(39) ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, p. 294.

(40) Por ejemplo, la pérdida de ovarios puede generar una gran incapacidad, pero no impactar en este tipo de tareas (GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “Cuantificación de las tareas de cuidado y hogareñas, en casos de incapacidad”, en RDD 2021-2, p. 14). Menciona en sentido contrario a los fundamentos del Anteproyecto de 2018, que traen esta solución para la “incapacidad vital” (que es un concepto un poco más amplio, pero que las abarca en gran medida).

(41) En la jurisprudencia italiana inicialmente se había tomado el salario de quien realiza tareas domésticas, pero la Corte de Casación rechazó este criterio (KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit.). Cierta doctrina considera que debe tenerse en cuenta este parámetro (LORENZETTI, ob. cit., con cita de Jaramillo).

(42) Se ha expresado que “...una posibilidad es im-

putar este detrimento a daño emergente futuro, en cuanto generará un gasto periódico en el futuro (sea al incapacitado, sea a los damnificados indirectos) que no se devengaba antes de la producción del daño, si se pretende obtener el mismo tipo y nivel de bienestar. Otra, consiste en asignarlo como una pérdida de ingresos. No obstante, en ambos casos, lo que resuelve la fórmula es el problema de lidiar con la periodicidad futura del concepto” (ACCIARRI - IRIGOYEN TESTA, ob. cit.).

(43) Trib. de Gestión Asociada Segunda, “Echenique Brian Exequiel c/ Bodegas Salentein S.A. y La Segunda Seguros S.A. p/ Daños derivados de accidentes de tránsito”, 9/2/2023.

(44) <https://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo-total-trabajo>.

(45) Cabe destacar que esta noción surgió frente a aquellos supuestos en los que la víctima era incapaz de sentir y la jurisprudencia lo consideró fuera del daño moral ligado al dolor: “Wise c/Kaye” de 1962, “West c/ Shepard” de 1964 y “Lim c/Camdem” de 1980 (citados por KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit.). También debe tenerse en cuenta que esta situación lesiva puede generar daños patrimoniales en alguna ocasión (ZAVALA de GONZÁLEZ, Resarcimiento..., ob. cit., t. 2a “Daños a la persona [integridad psicofísica]”, ps. 377 y ss.; IRIBARNE, ob. cit., p. 607).

(46) También provocan un empeoramiento existencial la pérdida de la capacidad de sentir, la interferencia

misma en el proyecto de vida o las llamadas pérdidas de chance extrapatrimoniales (de maternidad, paternidad, frustración de la vida sexual, etc.), entre otras posibilidades.

(47) Esto ha sucedido en casos derivados de hechos distintos, como daños al honor (CNCiv., sala F, “B., V. c/ IDS SA s/ daños y perjuicios”, 15/9/2009, el-Dial —AA5822; CCiv. y Com. Santa Fe, sala I, “Pesiri, Alberto c/ Citibank NA”, 20/4/2006, LL Litoral 2006-1085). También se consideró que el daño “inmaterial” contempla “tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria” (CIDH, “Caso de los Niños de la Calle [Villagrán Morales y otros] vs. Guatemala. Reparaciones y costas”, 16/5/2001, Serie C N° 77, párrafo 84). ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, en ob. cit., t. III, p. 320 señalan que estas repercusiones deben resarcirse dentro del daño moral, más allá del “dolor” o “sufrimiento”. También han tenido una noción amplia: BUERES, Alberto J., “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la síque, a la vida de relación y a la persona en general”, RDPyC nro. 1, p. 264; MAYO, Jorge A., “El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran”, RDD, nro. 6, p. 179; PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., t. I, p. 146.

(48) ZAVALA de GONZÁLEZ, “La responsabilidad...”, ob. cit., t. II, p. 588.

za existencial—, aunque no es incorrecto que se incluya en otro rubro (49) siempre y cuando quede claro que realmente es objeto de resarcimiento (y no se trata de una mera afirmación sin repercusiones en la suma final) (50). La realidad es que en los fallos no se advierte ninguna distinción o aclaración que muestre en qué medida se indemniza, sino que solamente se realiza una simple mención “al pasar”.

La Corte ha tenido en cuenta el resarcimiento de estos aspectos, aunque siempre plasmó la idea de que la vida tiene por sí misma un valor indemnizable. Es decir, pareciera tomar la incapacidad como un rubro autónomo (lo que no consideramos aconsejable ni adecuado a nuestro sistema de responsabilidad civil) (51).

En aquellos supuestos en los que no se generó una pérdida relevante en la capacidad de ganancia [por ejemplo, en los fallos “Aquino” (52) y “Ontiveros” (53)], incrementó las sumas fijadas en instancias anteriores al considerar que no se tuvieron en cuenta otros aspectos individuales y sociales. Sin embargo, no se advierte que la reparación por estas consecuencias tenga la misma entidad cuando sí existió esa disminución económica. Incluso, en “Ontiveros” destacó que el resarcimiento no debe ser menor que en los supuestos en los que existen consecuencias patrimoniales. Pareciera, entonces, que considera a la indemnización de tales afecciones como “subsidiaria” y que siempre correspondiera fijar un monto más o menos parecido por incapacidad (o se procura “compensar” la escasa cuantía de ese rubro).

Es habitual que la cuantificación de estas afecciones —sea que se las incluya en el daño extrapatrimonial (54) o dentro de la incapacidad— no tenga mucha relevancia cuantitativa en las decisiones finales. Todavía se mantiene un criterio apegado a lo patrimonial (55), en el cual lo que no genera una pérdida económica se fija con montos mínimos. En otras palabras: la indemnización impuesta por la Corte frente a estas consecuencias es elogiada, aunque creemos que siempre que se configuren deben valorarse del mismo modo.

VII. La procedencia de la indemnización a pesar de continuar realizando tareas remuneradas o la percepción de alimentos por un tercero

El artículo 1746 del Código Civil y Comercial contempla ambas soluciones:

i) En cuanto al primer supuesto, Zavala de González sostiene que “el hecho de conservar hoy el empleo u ocupación no trasunta ninguna seguridad y ni siquiera una fuerte probabilidad de que se mantendrá dicha situación pro-

ductiva por el resto de la vida útil del afectado” (56). Es decir, puede privar al sujeto de futuros ascensos (chance laboral positiva) o, en caso de perder el trabajo actual, no poder incorporarse a otros (chance laboral negativa), sumado a la consideración de la faceta extralaboral de la víctima (57). A pesar de ello, pensamos que puede llegar a reducirse la indemnización debido a que las consecuencias patrimoniales serían menores (58).

Igualmente se advierten otros aspectos resarcibles (59), tales como la incapacidad para realizar tareas económicamente valorables o sin contenido económico.

ii) Por otra parte, aunque otra persona deba prestar alimentos a la víctima, la reparación procede igualmente, debido a que se trata de dos cuestiones autónomas y con distinto fundamento.

VIII. El lucro cesante actual o pasado. Criterios de diferenciación y cálculo

La indemnización del lucro cesante por la pérdida de productividad futura —habitualmente resarcible bajo el rótulo de “incapacidad”— no excluye la existencia de otras consecuencias dañosas anteriores.

Una primera cuestión es determinar:

1. Cuándo se advierte el límite entre el lucro cesante actual y el futuro: si ocurre cuando la lesión adquiere el carácter de definitiva o en la sentencia final.

2. Y, a su vez, cuál es el punto inicial a tener en cuenta para la aplicación de la fórmula: a) la ocurrencia del hecho (60); b) cuando termina el período de convalecencia (61); c) cuando se comprueba su existencia (62); o d) al momento de la sentencia.

Creemos que la diferenciación es aparente: la fórmula matemática, justamente, tiene como objetivo calcular el lucro cesante futuro. Y, como todo daño a producirse, se da luego de la decisión final y debe ser determinado allí.

Los lucros perdidos durante el proceso deben calcularse mes a mes, con sus correspondientes intereses. Incluso, si la incapacidad no le permite realizar ninguna actividad, deben calcularse en su totalidad y teniendo en cuenta que este rubro no debería llevar una tasa de descuento (63).

Muchas veces se ha sostenido que para la configuración de un daño durante el transcurso de la incapacidad temporaria es necesaria una prueba acabada. Es decir, a diferencia de aquel que se genera por la merma de productividad —que se presu-

me de acuerdo con lo que habitualmente ocurre—, aquí debería demostrarse en concreto cuál fue el beneficio esperado que no se llegó a lograr (por ejemplo, que tenía una fuente de ingresos y estuvo un tiempo sin trabajar). A pesar de ello, nos inclinamos por una mayor flexibilidad en este aspecto: no es indispensable que la pérdida de ingresos sea indiscutible, sino que también deben valorarse las posibilidades que normal y habitualmente podría haber tenido de conseguir un empleo (si se encontraba desocupado) (64), encontrar otro distinto (65) o ascender allí. Además, debe tenerse en cuenta que durante ese lapso se puede producir una merma en las actividades “económicamente valorables” y en aquellas que tienen impacto sobre lo social, cultural, etc.

También es cierto que, lamentablemente, la duración del proceso juega en contra de la víctima, debido a que se acortan los períodos futuros y se amplían los pasados (que quedarían casi siempre sin resarcir en una visión estricta). Ello se torna injusto si advertimos que el tiempo no depende de él, sino de terceros (los letrados intervinientes, la justicia, los peritos, etc.) y que es el propio sistema judicial el que termina perjudicando al actor.

IX. Intereses

La aplicación de intereses tiene sus variantes: a) algunos imponen una tasa pura desde el momento del hecho; b) otros utilizan la tasa activa u otra con componente de actualización indirecta [este criterio es difundido entre las Cámaras de Apelación en lo Civil con fundamento en el plenario “Samudio” (66)]; c) sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo distintas posturas:

i. En dos fallos pareciera señalar que en estos casos no lleva intereses antes de la sentencia [en el mismo sentido se había expedido con anterioridad el Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba (67)].

Más allá de que en ambos casos se trataba de accidentes laborales tramitados por la vía civil, ello no debería modificar la solución. De tal modo:

- Al decidir el fallo “Ripp” (68) sostuvo que si el capital de condena se calcula a valores actuales, no deben fijarse intereses al momento de la primera manifestación invalidante. No señaló concretamente a partir de cuándo correspondía iniciar el cómputo, aunque surge implícito que pretendió referirse a la fecha de sentenciar (69).

- Luego, en “Alarcón” (70) descalificó el fallo de la Cámara que fijó intereses desde la ocurrencia del hecho, con lo cual quedó revocada la decisión de primera

instancia que los había impuesto a partir de la sentencia. El criterio de la Corte pareciera alinearse con la decisión de grado (considerando 4). Sin embargo, Rossati en un voto no disidente evidencia la aceptación de “algún interés”, al destacar que “la Cámara no podía retrotraer el cómputo de los intereses a la época del accidente *sin determinar*, en forma concreta, *cuál es la tasa* que corresponde aplicar desde el momento de la contingencia hasta el día del fallo”.

ii. En cambio, en el reciente fallo “García” se expidió en favor de la aplicación de intereses, pero redujo aquellos fijados por la cámara por considerarlos excesivos (71). También se advierte que se había aplicado la tasa activa a la incapacidad durante un período de tiempo y ello no fue desechado por la Corte.

Aunque no mencionó la tasa expresamente, sostuvo que el artículo 768 CCyC impone remitir a una tasa bancaria. No coincidimos con este razonamiento, cuya interpretación estricta impediría, incluso, la posibilidad de aplicar una tasa pura.

En síntesis:

- Si se adoptan los criterios que sostuvimos sobre el lucro cesante actual y se computa el lucro cesante futuro a partir de la sentencia, el monto indemnizatorio por este último concepto no debería llevar intereses por tratarse de un daño a producirse con posterioridad (que lleva una tasa de descuento). En cambio, frente a aquellos beneficios perdidos durante el proceso tendría que utilizarse una tasa con un componente de actualización desde la fecha en que se produjeron.

Debe tenerse en cuenta que, incluso si se acepta esta solución, pero se evidencia un criterio estricto sobre los lucros actuales, la situación se tornaría injusta. Con el paso del tiempo, el demandado aprovecharía la reducción de períodos futuros indemnizables durante el transcurso del juicio.

- Si se cuantifica la “incapacidad” sin mayores precisiones ni distinciones entre estos rubros, lo más razonable es aplicar una tasa pura desde el momento del hecho. En caso contrario, se le otorgaría a la víctima un valor equivalente al inicialmente reclamado, aunque muchos años después, y tampoco se valorarían sus pérdidas pasadas. En otras palabras, se terminaría premiando a quien no pagó a tiempo

- Cuando se toma otro criterio y se evalúa su entidad con valores a la fecha del hecho dañoso, de la consolidación de la incapacidad en definitiva o su de-

(49) Particularmente, en la “incapacidad” o en el “daño extrapatrimonial”.

(50) Aunque no es lo aconsejable, la experiencia indica que en la mayoría de los tribunales la suma que se otorga por daño moral oscila entre un 20%, 30% y hasta un 50 % del monto de la incapacidad (lo que fue desechado hace tiempo por el Máximo Tribunal en el fallo “Puddu”, citado). A pesar de ello, generalmente se menciona expresamente que ambos rubros son independientes y no deben tener —al menos como regla— relación entre sí.

(51) Señala esta falta de autonomía MÜLLER, Enrique C., “Daño a la vida de relación”, en RDD 2009-3, p. 208.

(52) CS, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/9/2004, Fallos: 327:3753.

(53) CS, “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.”, 10/8/2017, CSJ 85/2014.

(54) Lo que consideramos correcto.

(55) Cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, p. 318.

(56) ZAVALA de GONZÁLEZ, Resarcimiento..., ob. cit.,

t. 2a., p. 342.

(57) ZAVALA de GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, págs. 308.

(58) Voto del Dr. Picasso en CNCiv., sala A, 11/11/2021, “González, Pablo Jorge c. Varni, Javier Héctor Ramón y otro s/ daños y perjuicios”, SJA 25/02/2022, 1; voto disidente del Dr. Rosenkrantz en “Ontiveros”, cit.

(59) No creemos, sin embargo, que se refiera al daño moral —que también puede ser resarcible—, puesto que históricamente se ha indemnizado “por separado”, más allá de tratarse de una consecuencia de la misma situación lesiva.

(60) La mayoría de los fallos utilizan este criterio, lo que, a nuestro entender se debe a que otros métodos revisten cierta complejidad (cuándo finalizó el lapso de convalecencia, la demostración de las pérdidas durante ese tiempo, etc.).

(61) Debe diferenciarse: a) incapacidad definitiva: tiene en cuenta el momento en que finaliza el período de convalecencia, dejando una minoración irreversible; y b) incapacidad temporaria: abarca los perjuicios sufridos durante

el tratamiento o cuando la lesión se cura sin secuelas permanentes.

(62) PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., t. I, p. 780.

(63) En este sentido: GONZÁLEZ de ZAVALA, ob. cit.; ACCIARRI - IRIGOYEN TESTA, ob. cit.; DEPETRIS - PITA, ob. cit. Estos últimos autores realizan un interesante repaso jurisprudencial de la cuestión (nota 19).

(64) IRIBARNE, ob. cit.; PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., t. I, p. 742.

(65) No es necesario que ello se dé indefectiblemente. Incluso podría repercutir en su reticencia a dejar el puesto actual, por temor a no encontrar otro.

(66) Plenario “Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios”, del 20/4/2009. Allí se utiliza tasa activa del Banco Nación.

(67) TS Córdoba, Sala Civil, “Navarrete Eduardo Raúl c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Ordinario - Daños y perjuicios - Recurso directo (N 01/06)”, 20/10/09; en el mismo sentido, GONZÁLEZ de ZAVALA, ob. cit.; ACCIARRI - IRIGOYEN TESTA, ob. cit.

(68) CS, “Ripp, Juan Ignacio c. Personal Collect SA s/

despido”, 8/10/2019, LA LEY, 2019-E, 497.

(69) Descalificó el fallo en cuanto “dispuso la aplicación de intereses según el Acta 2601 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con lo que el capital determinado se incrementaría notoriamente aun cuando su estimación —según señaló— había sido efectuada ‘en cálculos hodiernos’, es decir, a valores actuales”. En el voto no disidente de Rossati ello fue más claro, en cuanto señaló: “A ello se suma la particularidad de que dispuso la aplicación de intereses desde la primera manifestación invalidante cuando el importe de condena se estableció ‘en cálculos hodiernos’, es decir, actuales al tiempo del dictado de la sentencia, del 30 de diciembre de 2016”.

(70) CS, “Alarcón, Gerardo D. c. Sapienza, Walter D. y otros s/ accidente - ley especial”, 27/2/2020, TR LALEY AR/JUR/201/2020, Fallos: 343:124. La cursiva me pertenece.

(71) CS, “García, Javier Omar c/ UGOFE S.A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, 27/3/2023, CIV 051158/2007/1/RH001.

terminación durante el proceso, no quedaría otra opción que aplicar una tasa de interés que contenga un componente de actualización indirecta desde tal evaluación (72).

- La cuestión es distinta con los gastos médicos, de traslado, de farmacia u otros, que llevarían un interés impuro desde el momento de su erogación, salvo que sean futuros.

- En todos los casos, debe adicionarse —cualquiera sea la tasa de interés aplicable— el anatocismo al momento de la notificación de la demanda (art. 770, inc. b, CCyC).

X. Pérdida de chance

También puede evidenciarse una pérdida en la *posibilidad* de obtener ganancias, lo que corresponde resarcir a título de chance. En tal sentido, ha señalado Lorenzetti que “es frecuente que una persona, afectada hoy de una incapacidad, pudiera en el curso de su vida laboral incrementar sus ingresos. Es el caso del obrero que puede ascender de categoría, el profesional que puede obtener mejor clientela o el estudiante avanzado que puede obtener un título profesional. En la chance resulta previsible la oportunidad de obtener un lucro. Este último en sí mismo no es previsible, como sucede en el lucro cesante futuro. Quien tiene derecho al lucro cesante futuro se encuentra, al momento del evento dañoso, en el estatus laboral que permite obtener ganancias; en la chance, en cambio, es previsible que acceda al estatus, pero no que de él se deriven necesariamente tales incrementos” (73).

En materia de lesiones físicas, puede advertirse en distintas circunstancias que:

- Existe una pérdida de chance en aquellos supuestos en los cuales puede mejorar la fortuna en un futuro (por aumento de los ingresos, producción de otros nuevos, obtención de un título, etc.), lo que es habitual y, sin embargo, la mayoría de las veces no es tenido en cuenta. Es necesario aclarar que la Corte adoptó este criterio en distintas ocasiones (74) y la fórmula “Acciarri” lo contempla entre sus componentes.

- También se ha aplicado cuando por las circunstancias de la víctima —como su escasa edad— no existen parámetros claros para determinar los beneficios que podría percibir en el porvenir (75).

- En temas de mala praxis médica se habla frecuentemente de “chances de sobrevivencia o curación”, teniendo en cuenta las posibilidades con las que contaba el paciente de mejorar su estado de salud. Se trata de una cuestión que ofrece sus resistencias (76) debido a que puede llegar a entenderse que no existe relación causal.

- También pueden configurarse las llamadas “pérdidas de chances extrapatrimoniales”, como ante la merma en la posibilidad de contraer matrimonio, tener hijos, mantener relaciones sexuales, de avanzar en lo deportivo o intelectual, etc.

XI. Daño moral o extrapatrimonial (77)

Frente a la incapacidad por lesiones físicas o psíquicas, el daño moral se presume. Quedan comprendidas aquellas repercusiones que se verificaron desde el hecho dañoso y también las que previsiblemente se produzcan en un futuro.

En este rubro ingresan tanto el concepto tradicional ligado al sufrimiento, como así también aquellas consecuencias extrapatrimoniales que hemos denominado “actividades sin contenido económico” (entre estas últimas se encuentran las actividades sociales, culturales, de recreación, etc.) y otras circunstancias que también producen un empeoramiento existencial [la imposibilidad de sentir, la interferencia (78) en el proyecto de vida, pérdidas de chance extrapatrimoniales, etc.).

En estos casos, lo que se indemniza es la repercusión negativa sobre el modo de vivir del sujeto (su existencia), más allá de que, generalmente, también experimente un dolor que debe ser resarcible.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 1741 del Código Civil y Comercial dispone que es necesario valorar las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que podría obtener el damnificado con la suma que percibe (79). La Corte Suprema de Justicia de la Nación había mencionado en numerosas oportunidades estos parámetros para determinar la indemnización por este rubro antes de la sanción del Código Civil y Comercial (80) —y lo reiteró luego— (81), sin mencionar cuáles eran los placeres en concreto. Lo fundamentó argumentando que si bien es cierto que no se puede medir el dolor ni encontrarle una equivalencia exacta, es preferible indemnizarlo con deficiencias antes que no hacerlo; por esta razón, la reparación busca otorgar una satisfacción que compense el sufrimiento (82). Lo ejemplificó

con claridad Iribarne luego de estudiar los montos fijados para este rubro y concluir que, por ejemplo, no llegaban a cubrir ni siquiera la necesidad de contar con los recursos suficientes para que alguien con ceguera aprenda música (83).

Otros tribunales, en cambio, han interpretado que esta norma imponía la necesidad de ponderarlos en forma explícita. Así, por ejemplo, la compra de una casa (84) o de un automotor (85), la posibilidad de realizar un viaje turístico (86), el disfrute de espectáculos de teatro (87), etc.

Es cierto que, ante la imposibilidad de encontrar un resarcimiento adecuado, deben tenerse en cuenta los placeres compensatorios que puede procurar la víctima con el monto otorgado. Sin embargo, creemos que tampoco debe olvidarse que lo indemnizable es el *daño*. Aquel parámetro no puede ser la única pauta (88), sin ninguna relación con la entidad de la afectación a la persona. El sentido de la norma es que esas satisfacciones compensen el daño moral producido, pero sería ilógico que la cuantificación se base simplemente en lo que el actor considere necesario para ello (más allá de ser quien conoce mejor su situación).

Por este motivo, la solución solamente puede ser justa si se tienen en cuenta placeres similares para casos idénticos. Aunque el daño moral tiene notables dificultades para su cuantificación, debido a la imposibilidad de “medir” el dolor o las demás afecciones existenciales, y resulta elogiable la intención de utilizar parámetros objetivos, una aplicación desprolija y sin bases igualitarias (89) conllevaría una disparidad mayor. Debido a que el monto a imponerse no se relaciona con el grado de sufrimiento del damnificado, sino con el disfrute que le puedan brindar determinados bienes, podrían generarse injusticias (de esta manera, un individuo con una cervicalgia podría recibir el monto equivalente a un vehículo de lujo para sustituir ese dolor, mientras que otro con la pérdida de un miembro resultaría acreedor de una suma representativa de un bien menor).

Por esta razón entendemos que no solamente deben valorarse las satisfacciones sustitutivas, sino también la entidad del perjuicio sufrido. Es importante destacar que los fallos que han señalado placeres sustitutos en concreto han otorgado sumas coherentes, con lo que queda demostrado que ambas situaciones pueden ser tranquilamente armonizadas.

evaluación del perjuicio moral es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como —en principio— debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que no cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (CS, “Guillermón”, cit.).

(83) IRIBARNE, ob. cit., p. 600. Debe aclararse que ello es solamente al considerarlo como una cuestión que se realizará con fines meramente recreativos o de “placer”. Si se trata de una actividad que la víctima desarrollaba con frecuencia y requiere adaptaciones para realizarlas debido a su incapacidad, también debería ingresar dentro del daño emergente futuro, como un gasto a resarcir.

(84) CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II, 1/6/2006, “B., L. A. c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ Daños y perjuicios”, 1/6/2006, ED 218-570.

(85) C4aCiv. y Com. Córdoba, “Suárez Márquez, Sil-

XII. La situación con algunos de los denominados “nuevos daños”

La clasificación bipartita del daño y la improcedencia de terceros rubros tiene, además de un aspecto teórico, una clara finalidad práctica. Pueden resultar afectados distintos bienes y que ello genere consecuencias similares. Por esta razón, es necesario evitar que se indemnice dos veces lo mismo o, a la inversa, que se fije una suma global que no abarque todos los daños.

A pesar de ello, pueden ser importantes en el plano conceptual y utilizarse para detallar con mayor precisión los daños. Por ejemplo, quien sufre una afección en su psiquis podría reclamar la incapacidad de ganancia generada por ella bajo el rótulo de “daño psíquico” y, además, la incapacidad física, entre otras consecuencias (90). Lo importante es indemnizar todos los daños y, a la vez, no incurrir en duplicaciones.

XIII. Conclusiones

Todavía no existe una aplicación uniforme de los criterios para cuantificar la indemnización por lesiones físicas. Es necesario que paulatinamente se comiencen a establecer pautas concretas para otorgar una mayor previsibilidad a los actores del sistema. Si bien la reparación del perjuicio en forma plena y con la valoración de todas las consecuencias es una tarea compleja, debe comenzar a realizarse para que la víctima pueda percibir un monto justo.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2590/2023

Más información

[Robles, Guillermo F.](#), “Cuantificación de daños por lesiones, incapacidad”, LLC 2020 (octubre), 3, TR LALEY AR/DOC/3231/2020

[González Freire, Juan Francisco](#), “La responsabilidad civil presumida por fallecimiento, lesiones, incapacidad (arts. 1745 y 1746 del Código Civil y Comercial)”, ADLA 2018-5, 59, TR LALEY AR/DOC/666/2018

Libro recomendado

[Derecho de las Obligaciones](#)

Autor: Calvo Costa, Carlos A.

Edición: 2ª, 2023

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(72) Y anteriormente una tasa pura.

(73) LORENZETTI, ob. cit.

(74) CS, 8/1986, “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina”, Fallos: 308:1109; CS, “Arostegui”, cit.; CS, “Ontiveros”, cit.; CS, “Leguizamón, Santiago Adolfo c/ Provincia ART S.A. y otro s/ accidente - acción civil”, 12/9/2017, Fallos: 340:1256.

(75) Igualmente coincidimos en que aquí se trata de un lucro cesante (PIZZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., t. I, p. 743).

(76) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Pérdida de chances de curación y daño cierto, secuela de mala praxis”, LA LEY, 1986-C, 34.

(77) Ambos términos son considerados sinónimos tanto por los Fundamentos del Anteproyecto como por la doctrina. En Chile hay autores que reservan la noción de “daño moral” al concepto tradicional ligado al dolor y consideran que el “daño extrapatrimonial, espiritual o existencial” abarca otras consecuencias que repercuten sobre la existencia de la víctima (BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”, Revista Chilena de Derecho, vol. 35, nro. 1, ps. 85/106).

(78) Noción que requiere una menor entidad que si se hubiera previsto una “afección”. Y ello más allá de otras consecuencias patrimoniales o extrapatrimonia-

les que se generen.

(79) Sobre el tema: PIZARRO, Ramón D., “Cuantificación judicial de la indemnización del daño moral. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, LA LEY 23/9/2020, 1; y PICASSO, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, RDD 2021-1, ps. 391 y ss.

(80) CS, “Guillermón, Marcela Claudia c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 2/11/2010, G. 110. XXXIII. ORI; CS, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios”, 12/4/2011, Fallos 334:376, considerando 11, entre otros.

(81) CS, fallo “Grippó”, cit. (considerando 13);

(82) La Corte lo explicó con claridad: “El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. La

via María c/ Jiménez, Rufino Juan Carlos s/ Ordinario”, 26/4/2018, Expte. 5533796.

(86) CIaCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. sobre nulidad de acto jurídico”, TR LALEY AR/JUR/44655/2014; en el mismo sentido, voto del Dr. Picasso en fallo “González”, citado.

(87) CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II, “G., S. c/ M., J. s/ Daños y perjuicios”, 23/11/2006, ED-DCCXIV-120.

(88) PIZARRO, ob. cit. En sentido contrario: PICASSO, ob. cit.

(89) Por esta razón, otra de las propuestas fue la de regular parámetros flexibles, teniendo en cuenta la tarea compleja que tiene el juez al momento de cuantificar este rubro (puede verse el extenso análisis en este sentido de ZAVALA de GONZÁLEZ, “Resarcimiento...”, ob. cit., t. 2ª, ps. 496/505).

(90) Nuevamente puede advertirse que podría llegar a superponerse con otros rubros, como el daño a la vida de relación o daño al proyecto de vida, si no se aclara concretamente en qué consiste cada uno.

Columna de opinión

La nueva Observación General N° 26 y el principio de equidad intergeneracional a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño



Laura V. Bonhote

Abogada (UBA). Maestranda L.L.M. en Derecho (Univ. Austral). Especialista en Criminología (UNQ) y Diplomanda en Derecho Ambiental y Derecho Aduanero y de la Integración (UBA). Secretaria Letrada en Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial (CABA).

I. Introducción

Al final de su 87ª sesión el Comité de los Derechos del Niño resolvió preparar su próxima Observación General bajo el título provisional “Los derechos del niño y el medio ambiente con especial atención al cambio climático”.

Este proceso culminó recientemente con la Observación General N° 26 (1) (en adelante OBG26), publicada el 28 de agosto de este año, y presentada a los 196 Estados Parte que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) el pasado 18 de septiembre.

Lo relevante de dicha Observación —además de orientar a los Estados en el cumplimiento de los derechos consagrados en la CDN— es el resultado de un compromiso intergeneracional, realizado por niñas, niños y adolescentes de todo el mundo, en ejercicio de su derecho a la participación y a ser oídos.

En el presente se analizarán los principales aportes de la nueva OBG26 en torno al derecho de niñas, niños y adolescentes a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, y su particular relación con el principio de equidad intergeneracional.

II. Principales aportes de la observación general n° 26 del Comité de los Derechos del Niño

En el análisis del presente vamos a partir de la idea de que los derechos de niñas, niños y adolescentes —como todos los derechos humanos— son indivisibles, interdependientes y están interrelacionados. Esta visión nos permite comprender que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un requisito necesario para garantizar todos los demás derechos consagrados en nuestra Constitución y Tratados Internacionales de derecho humano aprobados por nuestro país, como la CDN.

En lo que respecta a niñas, niños y adolescentes, el reconocimiento a su derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible se encuentra contenido tanto

en el artículo 24, párr. 2, c) como en el artículo 29, párr. 1, inc. e) de la CDN.

Aunque las normas comienzan su redacción refiriendo al derecho del niño al más alto nivel posible de salud y a la educación, incorporan el deber de los Estados Parte de adoptar medidas para garantizar, entre otras cosas, tecnología disponible; suministro de alimentos nutritivos adecuados; agua potable salubre; tomar en cuenta los peligros y riesgos de la contaminación del medio ambiente, como así la importancia de educar sobre el respeto del medio ambiente natural.

Si bien hoy tras la evolución del Derecho ambiental podemos sostener que merecía un artículo específico en el cuerpo de la CDN, eso no quita que la Convención, como todo Tratado Internacional de Derechos Humanos, deba ser interpretado en forma dinámica y contextual a otras fuentes de Derecho que regulan específicamente el Derecho ambiental internacional (2).

En este marco, la OBG26 cobra un papel importantísimo, porque es la primera vez que el Comité se refiere específicamente al derecho de niñas, niños y adolescentes a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, como guía para la interpretación de los compromisos asumidos por los Estados Parte en el marco de la CDN y el deber de adoptar legislación, políticas públicas, presupuestos y medidas que consideren el impacto de este.

Esta nueva observación se centra en los cuatro principios generales de la CDN (la no discriminación; el interés superior; el derecho a la supervivencia y el desarrollo de la vida; y el derecho a ser oído) y promueve una comprensión holística de los derechos de niñas, niños y adolescentes para efectivizar un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, entendiendo que este derecho tiene una interrelación que debe ser respetada.

Su esencia es la participación de los niños, y esto, en gran parte, se debe a que fue desarrollada por el primer Equipo Asesor Infantil a nivel mundial (3). Proceso en el que niñas, niños y adolescentes de todo el

mundo han ejercido su derecho a expresar libremente sus opiniones y que estas sean debidamente tenidas en cuenta, conforme la manda establecida en el artículo 12 de la CDN (4).

A tales efectos, se llevaron a cabo dos procesos de consulta global, los que culminaron con el armado de un anteproyecto de observación general, el que fue distribuido públicamente a los efectos de recibir comentarios y observaciones de niñas, niños y adolescentes, organizaciones y entidades públicas que quisieran participar.

En esas consultas el Comité recabó información acerca de la opinión de niñas, niños y adolescentes sobre el impacto del cambio climático y daños medioambientales, acceso a la educación ambiental, ejercicio del derecho a ser oído, acceso a la justicia, entre otros temas.

Como resultado de estas, los informes reflejaron la preocupación que tienen niñas, niños y adolescentes por la crisis global del medio ambiente, en particular, para las generaciones futuras (5).

Las opiniones de niñas, niños y adolescentes fueron volcadas en la nueva OBG26 que, entre otras cosas, aborda los siguientes temas:

- Discriminación estructural e interseccional (6), tomando en cuenta a la niñez como un factor de vulnerabilidad asociado, a su vez, a condiciones como edad, sexo, género, apatridia, situación de pobreza, discapacidad, entre otros, que no pueden entenderse desde una mirada aislada (7).

- Inclusión digital, promoviendo el uso responsable de entornos y herramientas digitales que permitan una participación individual y colectiva de niñas, niños y adolescentes en la adopción de medidas en las que se vinculen los derechos ambientales.

- El rol del niño como defensor del derecho humano al ambiente limpio, saludable y sostenible, y la necesidad de adoptar medidas que garanticen su derecho a la libertad de expresión y protección frente a cualquier forma de intimidación o amenaza.

- El vínculo entre el derecho a la salud del niño y la protección de los ecosistemas.

- La migración producto de los problemas climáticos y la importancia de la cooperación internacional.

- La implementación de normas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y la regulación de las actividades empresariales en resguardo de los derechos del niño.

- Los impactos diferenciados por género que el cambio climático está ocasionando.

- La importancia de identificar vulnerabilidades específicas del niño, evaluando la posible irreversibilidad de un daño ambiental.

- La necesidad de adoptar enfoques ambientales y de infancia en el marco de los procedimientos judiciales.

II.1. El acceso a la justicia del niño en materia de asuntos ambientales

Especial atención merecen los párrafos 82 y siguientes (8) de la OBG26, ya que específicamente refiere a los deberes y compromisos que deben asumirse para garantizar el acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes en materia de asuntos ambientales.

En estos párrafos, se señalan los principales obstáculos a los que se enfrentan los niños para acceder a la justicia: el reconocimiento de su capacidad jurídica y la justificación de una legitimación individual o colectiva.

Sobre estos puntos, la OBG26 nos remite al principio rector de la capacidad o autonomía progresiva del niño (v. gr. artículo 5 CDN) y nos invita a reflexionar acerca de los desafíos actuales que presentan los conflictos colectivos referentes a cuestiones ambientales.

Con base en estas consideraciones, la OBG26 nos impulsa a pensar procedimientos que estén a la vanguardia frente a estos conflictos (9), tomando en cuenta que la

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Al 13/09/2023 solo se encuentra disponible su versión en inglés, en el sitio: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2F26%2F26&Lang=en

(2) Muchos países europeos consideraron que la nueva Observación General también debería tener debidamente en cuenta el trabajo en curso a nivel regional (por ejemplo, en el Consejo de Europa). Un ejemplo concreto del trabajo del Consejo de Europa sobre este tema es el anteproyecto de Recomendación sobre los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Comentarios disponibles en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/draft-general-comment-no-26-child>

drens-rights-and.

(3) El equipo asesor estuvo conformado por 12 asesores/as entre 11 y 17 años, apoyaron el proceso de consulta realizado para la observación general, con 16.331 aportes de niños, de 121 países, a través de encuestas en línea, grupos focales y encuestas nacionales en persona y consultas regionales.

(4) Comité sobre los Derechos del Niño. Observación General N° 12. “El derecho del niño a ser escuchado”, 2009.

(5) <https://childrightsenvironment.org/es/informes/>

(6) CIDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 24/02/2012, Serie C, núm. 239 y “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” del 20/10/2016. Serie C, núm. 218.

(7) Es interesante la postura de Finlandia que observa que, dentro de los diferentes grupos de niñas, niños y adolescentes vulnerables, debería incluirse también a los niños con afectaciones en su salud mental que puedan obstaculizar o impedir el disfrute de sus derechos relacionados con el medio ambiente. Por ejemplo, en la Observación General N° 15 del Comité se destaca a los niños con problemas de salud mental como un grupo en el contexto de la prohibición de la discriminación. Una razón para tener en cuenta a este grupo de niños es que, según estudios que consideró dicho Estado, el cambio climático también afecta al bienestar mental de las personas a través de impactos tanto

directos como indirectos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/draft-general-comment-no-26-child-rights-and>

(8) Sección D), Capítulo IV, de la OBG26.

(9) Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que, en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493).

mayoría de las legislaciones de los Estados Parte carecen de códigos de forma que regulen procedimientos colectivos. Por ello, en el párrafo 85, el Comité insta a adoptar mecanismos para un universo de procesos que involucren el interés general de la sociedad (10).

Por último, en el párrafo 86, se introduce el concepto de representación jurídica, y la incorporación de medidas tendientes a garantizar una asistencia legal gratuita.

En relación con esto, me parece importante destacar que frente a este tipo de litigios la representación no solo debe ser eficaz sino también adecuada, a fin de proteger, en forma apropiada, los derechos de las niñas, niños y adolescentes ausentes en un procedimiento judicial (ya que este tipo de procesos, donde se analiza la prevención/daño/reparación de bienes colectivos, tiene como particularidad la imposibilidad de que todos se presenten) (11).

II.2. Enfoque intergeneracional a la luz de la CDN

Como fuera mencionado anteriormente, durante el proceso de formulación de la OBG26 los Estados Parte tuvieron la posibilidad de expedirse en torno al proyecto desarrollado por el Comité.

Tal fue el caso de Canadá, quien marcó su posición en torno a la vinculación de la CDN con el principio de equidad intergeneracional.

Al respecto dicho país sostuvo que dado que la CDN expresamente refiere su aplicación a los seres humanos menores de 18 años (a menos que la mayoría de edad se alcance antes, de acuerdo con las leyes civiles de cada Estado Parte), no resulta aplicable a las generaciones futuras, ya que aún no están vivas (12).

Canadá consideró que si bien algunos instrumentos internacionales reconocen el concepto de “equidad intergeneracional”, ningún instrumento jurídico internacional vinculante define los elementos del concepto y que, por lo tanto, no existe ningún consenso internacional en cuanto a su aplicación.

A continuación, y con base en esta postura, se formulará una breve esquematización normativa y jurisprudencial, que nos permita dimensionar el significado y alcance de la solidaridad o equidad intergeneracional.

Sobre este principio, cabe recordar que en la Primera Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente (año 1972) —donde se adopta la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano— se habló de la solidaridad intergeneracional, al referirse al “medio ambiente

del futuro”, y la defensa y el mejoramiento del medio humano para las “generaciones presentes y futuras” (en particular, los principios 1 y 2 de dicha Declaración) (13).

Con posterioridad, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo adoptó el informe titulado “Nuestro Futuro Común” (año 1987) donde se introdujo el concepto de *desarrollo sustentable* como “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

En el año 1992, se celebró en Río de Janeiro la *Cumbre de la Tierra*, donde se adoptaron varios tratados con fuerza jurídica vinculante y se destacó a la equidad intergeneracional como principio fundamental del derecho ambiental. Al respecto, en el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático expresamente se habla de la protección del sistema climático para las generaciones presentes y futuras (14).

Asimismo, durante la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (año 1997) se emitió la *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras* que, entre varias cosas, refiere al “mantenimiento y perpetuación de la humanidad” y la “Preservación de la vida en la Tierra”.

En lo que respecta a nuestro país, nuestra Constitución Nacional expresa en su artículo 41, como fundamento constitucional del Derecho Ambiental, que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; tienen el deber de preservarlo...” (15).

Tal como se ha explicado, una de las principales características que tiene este artículo es el compromiso intergeneracional de preservación del medio ambiente como derecho humano de las generaciones presentes y futuras (16).

Por su parte el reciente Acuerdo de Escazú refiere a la “la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible” (17).

A su vez, este principio fue receptado en el ámbito legislativo a través de la ley nacional 25.675 (v. gr. artículos 2 y 4) y la ley nacional 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global (v. gr. artículo 18).

En torno a la sanción de esta última ley, debemos recordar que durante los años

2018 y 2019 se gestó un gran movimiento estudiantil a nivel internacional denominado “*Fridays for the Future*” (18), que tuvo gran impacto en los adolescentes de nuestro país, quienes alzaron su voz para impulsar la aprobación de la ley nacional 27.520.

Por su parte, contamos con una gran cantidad de fallos de nuestro Máximo Tribunal Federal en los que se ha reafirmado la inexcusable aplicación del principio de *equidad intergeneracional*, como así la exigencia de adoptar una visión policéntrica para la tutela del ambiente, con soluciones que estén enfocadas en la sustentabilidad futura y en consideración del interés de las próximas generaciones (19).

En esa línea se ha dicho que “la Constitución reclama un adecuado balance, en miras a armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable, no debiendo buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que su tutela no significa detener el progreso sino hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras” (20).

Puntualmente, el Dr. Rosatti ha sostenido que “al ser el ambiente un bien que excede al ser humano y a su tiempo presente, la Constitución impone un deber de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sustentable. En términos ambientales, la Nación entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una “deuda ambiental” que deba ser soportada o sufrida por el porvenir” (21).

En materia de equidad intergeneracional actualmente se encuentra en trámite ante la Corte Suprema un amparo colectivo en el que se destaca “una singularidad, desde el punto de vista de la legitimación activa de obrar”, puesto que es promovido, entre otros, por un grupo de niñas y niños de la Ciudad de Rosario en resguardo de su derecho y el de las generaciones futuras (22).

A su vez Cafferata, al abordar la irrupción en la jurisprudencia ambiental del concepto de *generaciones futuras*, sostiene que la equidad intergeneracional nos obliga a adoptar un enfoque de carácter prospectivo, con decisiones que evalúen las consecuencias o el impacto que tendrán en el futuro (23).

Sabsay explica que en el modelo de desarrollo sustentable “el bien jurídico a proteger ya no es solo lo que la persona es o lo que ella hace, sino el entorno en el cual transcurre la vida humana con una adición a futuridad *ad infinitum*, porque ese modelo de desarrollo sustentable habla de la necesidad de entablar esas condiciones de vida, no solo para las generaciones, presentes sino también para las futuras” (24).

Por su parte, Lorenzetti considera que el paradigma ambiental se basa en una idea de interacción que considera los efectos presentes y futuros de la acción humana, explicando que “El sujeto se concibe contextualizado y limitado por el deber “natural” de ser solidario con los demás, aún respecto de quienes no han nacido” (25).

Lo hasta aquí citado deja en evidencia el poder de acción que tienen las actuales generaciones por sobre las futuras y el medioambiente donde estas se desarrollarán, en que necesariamente debemos calcular cómo y de qué manera nuestras acciones impactarán (principio de prevención).

En función de lo hasta aquí expuesto, la principal crítica que merece el postulado citado es que las consideraciones en materia de asuntos ambientales se aplican a relaciones que van más allá de las actuales.

La experiencia recogida desde la aprobación de la CDN nos indica que, para garantizar la representatividad del interés superior del niño (v. gr. artículo 3), debemos formular una interpretación integral de dicho tratado junto a otras fuentes del derecho.

Por ello, y retomando con la OBG26, no cabe duda de que en el ámbito de nuestro país el principio de equidad intergeneracional debe ser considerado necesariamente como un eje rector del derecho al ambiente sano, limpio y sostenible contenido en la CDN, como enfoque que nos permita mirar más allá de las obligaciones inmediatas referentes a la materia.

III. Comentarios finales

Durante el proceso de aprobación de la OBG26 se ha dejado en evidencia que la crisis climática es una crisis de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Esta nueva Observación General no solo es una herramienta para garantizar la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino la invitación a que pensemos los derechos humanos en clave con el cambio climático y los desafíos a los que se enfrentan los derechos de niñas, niños y adolescentes y las generaciones futuras (26).

Una vez más, se ha dejado en evidencia el rol protagónico que tienen niñas, niños y adolescentes en materia de defensa del derecho ambiental, y el inexcusable deber que tienen los gobiernos de escucharlos.

La OBG26 se suma a un escenario que nos recuerda la fragilidad que tiene el ambiente y nos exige una visión que asegure no solo derechos, sino un futuro.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2588/2023

(10) Al respecto, OYHANARTE (h.) Martín, “Litigio estructural y derechos fundamentales. Necesidad de un régimen procesal adecuado”, *Revista de Derecho Constitucional* N°4, IJ Editores, 07/07/14.

(11) TR LALEY AR/DOC/177/2023

(12) Nota Conceptual para el Proyecto de Observación General No. 26, presentado en diciembre de 2021, disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/draft-general-comment-no-26-childrens-rights-and>

(13) Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/n73/039/07/pdf/n7303907.pdf?openement>

(14) Ley Nacional N° 24.295.

(15) Artículo 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer

las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

(16) LÓPEZ ALFONSÍN, M. - TAMBUSI, C. “El medio ambiente como derecho humano” (Cap. XI), en A. Gordillo, G. Flax, A. Loianno, G. Gordo, M. López Alfonsín, M. Ferreira, C. Tambussi, A. Rondanini, Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos

Aires, 2007, ps. 212 y 213.

(17) Artículo 1.-: El objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”

(18) https://es.wikipedia.org/wiki/Fridays_For_Future

(19) CS, Fallos: 329:2316, 331:1622, 340:1695, 342:1203, 343:726.

(20) CS, Fallos: 332:663 y 344:3249.

(21) Considerando 12) de su voto, en Fallos: 345:951.

(22) CS, “Asociación Civil por la Justicia Ambiental y otros C/ Entre Ríos, Provincia de y otros S/Amparo Am-

biental”.

(23) CAFFERATA, N.A. - PERETTI, E.O., “Equidad intergeneracional ambiental”, Rubinzal Cutzoni.

(24) SABSAY, D. “el constitucionalismo”. Traducción de audio disponible en: http://www.derecho.uba.ar/multimedia/transcripcion/tr_Sabsay_01.pdf

(25) LORENZETTI, R.L., “Teoría del derecho ambiental”, La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 17, 51 y 52.

(26) En los primeros párrafos de la OBG26 se citan algunas frases de niños que han participado en su proceso de elaboración, que nos aclaran puntos que han sido cuestionados por algunos Estados Parte, como el hecho de que estos derechos necesariamente deben ser pensados con un enfoque intergeneracional: “*Adults [should] stop making decisions for the future they won't experience. [We] are the key means [of] solving climate change, as it is [our] lives at stake.*” “*I would like to tell [adults] that we are the future generations and, if you destroy the planet, where will we live?!*”

Nota a fallo

Phishing

Demanda contra el Banco Nación. Procedimiento. Responsabilidad del banco.

1. - La responsabilidad del banco tiene un carácter profesional que impone que su conducta deba ser valorada con mayor rigor y cuya actividad se encuentra alcanzada por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

2. - Al demandarse por daños y perjuicios a un banco de capital totalmente estatal, que es una entidad autárquica del Estado, con autonomía presupuestaria y administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1º de su Carta Orgánica, que se relaciona con el Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Economía de la República Argentina y se encuentra

sujeta al contralor del BCRA, corresponde ordenar a la parte actora que, previamente a todo trámite, cumpla con lo previsto por los arts. 6º y 8º de la ley 25.344, a través de la plataforma digital disponible en la página oficial.

CFed. Bahía Blanca, sala II, 08/08/2023. - Instituto John Newman SA c. Banco de la

Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/93497/2023]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 06/09/2023, p. 9, Atención al Cliente, <https://www.laleynext.com.ar/> o en Proview]

Reconocimiento de la vulnerabilidad estructural padecida por una empresa ante su proveedor de servicios bancarios



Valeria Pardo

Abogada (UNR). Maestranda en Derecho Privado (UNR). Posgrado en Economía Digital desde la perspectiva del Consumidor y Competencia (UBA). Diplomada en Innovación Abierta (UTN) y el Ministerio de Desarrollo Productivo. Diplomada Internacional en "Mercosur", dictado por Ciudadanos del Mercosur (Paraguay).

SUMARIO: I. La cuestión planteada.— II. Introducción.— III. La cuestión puntual entre empresas.— IV. La situación de debilidad de la actora.— V. El consumidor financiero.— VI. Palabras finales.

I. La cuestión planteada

Una empresa constituida bajo el formato de Sociedad Anónima demanda por incumplimiento contractual más daños y perjuicios sufridos por la Presidenta de su Directorio, al haber sido víctima de una maniobra defraudatoria tipo "phishing" basada en una falla de seguridad en la conservación de los datos por parte del Banco. En este sentido consideró que la relación se inserta en el ámbito del Derecho de consumo; y por ende planteó la demanda con base en los beneficios y protecciones que otorga este microsistema.

El juez de grado concedió el beneficio de gratuidad e imprimió al proceso el trámite sumarísimo conforme lo previsto en el art. 53 de la ley 24240 y art. 498 del CPCyC. En el conteste de demanda el representante del Banco negó la calidad de consumidora de la parte actora, puesto que alegó utilizaba el servicio contratado (cuenta corriente) para actividades relacionadas a su giro comercial y solicitó se proceda con lo normado por la ley nacional 25.344. El magistrado prosiguió la causa tal como había sido caratulado y decretó la apertura de la causa a prueba. La demandada interpuso contra el auto de apertura recurso de revocatoria y apelación en subsidio; los cuales fueron rechazados.

Finalmente contra dicho pronunciamiento el Banco interpone un Recurso de queja por apelación denegada solicitando la suspensión del proceso hasta tanto se notifique al Tesoro Nacional en virtud de lo dispuesto por la ley nacional 25.344 y se le imprima a las actuaciones el procedimiento ordinario por fuera de lo normado por la ley 24.240, El Recurso fue concedido por la Cámara Federal de la ciudad de Bahía Blanca en forma parcial, ordenando a la actora la notificación al Tesoro Nacional y rechazando el cuestionamiento de la calidad de consumidora de la actora por considerar que la relación se encuadra dentro de las que comprende el régimen de consumo.

II. Introducción

La debilidad jurídica en la contratación es un tema que viene evidenciando una evolución dinámica a velocidades interesantes. Sin vacilar podemos decir que el microsistema del derecho del consumo es un claro ejemplo de ello.

Ya no existen dudas acerca de la necesidad de protección de los individuos ante las avasallantes conductas que se propician en el ámbito del mercado, profundizadas hoy por la revolución tecnológica que atravesamos, por ello, en búsqueda del restablecimiento del equilibrio contractual ante las asimetrías de poder negocial, se ha diseñado una serie de mecanismos protectores, los cuales solo pueden ser invocados por quienes revistan la calidad de consumidores; de lo contrario debe recurrirse a las generalidades del sistema llamado de Derecho común. Por esta razón devienen tan importantes los parámetros para delinear la figura y decidir quiénes y cuáles son los sujetos comprendidos y bajo qué circunstancias.

En este sentido el Derecho de consumo ha logrado significativos avances; y presenciamos en la actualidad momentos de expansión de sus fines protectores, tanto cuantitativa como cualitativamente, puesto que, en palabras de Rusconi, el Derecho de consumo "... resume en sus axiomas la búsqueda del ideal de justicia aplicado al mercado y a las actividades económicas y vinculaciones jurídicas que nacen y se desarrollan en él, pero no desde una perspectiva simplemente regulatoria, sino desde una concepción que propicia el equilibrio por medio de la integración de los aspectos económicos, humanos y sociales, todos ellos aprehendidos desde un particular enfoque jurídico" (1).

Como expresa el profesor Gabriel Stiglitz, aunque puede decirse que el Derecho de consumo ya sortea cierta tradicionalidad, en los últimos años se experimentan

tendencias progresivas generando nuevos caminos protectorios abarcando más sectores de la población a través de nuevos cuerpos normativos integrados en clave de "diálogo de fuentes", en busca de la solución más justa (2).

III. La cuestión puntual entre empresas

Todas las afirmaciones proteccionistas que se afianzan en forma irreversible para el consumidor humano no parecen ser tan claras cuando la situación de vulnerabilidad es padecida por una empresa.

Mientras las asimetrías en las contrataciones entre empresas se profundizan, y sus abordajes se complejizan, el grado de profesionalismo que se les atribuyó en una suerte de abstracción conceptual les negó por décadas parámetros de protección, solo por presumirlas pares, con el mismo *expertise* empresarial, aun cuando las diferencias eran enormes y la debilidad de una de las partes evidente. Respecto a su inclusión en el régimen tuitivo para el consumidor, las sociedades comerciales fueron muy cuestionadas por parte de la doctrina para considerarlas tales, puesto que si bien en un principio se aceptó la idea de que podía ser consumidor una persona de existencia ideal, parte de la doctrina pretendía solo la inclusión de aquellas sin ánimo de lucro, por considerar que la ampliación de la tutela hacia este tipo de sociedades desvirtuaría el sistema. Criterio que la jurisprudencia no validó y progresivamente fue reconociendo el carácter de consumidor a las empresas comerciales bajo determinados parámetros y circunstancias.

Desde la reforma del Código Civil y Comercial parecen haber quedado zanjadas las dudas en cuanto a la comprensión de las personas jurídicas dentro del régimen protectorio del consumidor, ello por cuanto se modifica el segundo párrafo del art. 2º de la ley 24.240, ampliando los destinatarios de protección del régimen pensado

originariamente en el modelo europeo que si bien incluía en el concepto de consumidor a las personas jurídicas, luego establecía una serie de restricciones que reducía drásticamente las posibilidades de su aplicación.

En este nuevo esquema considerado de mayor laxitud y flexibilidad en cuanto al encuadre, tanto del sujeto consumidor, como de la relación de consumo, a través de dos conceptos integrados e inescindibles que hoy definen la inserción al sistema desde la definición de la "acción de consumir" (3). El art. 1092 del CCyC establece que se considera consumidor a "...la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social", pero no obstante esta taxativa referencia, aún algunos autores cuestionan la voluntad del legislador de incluir a las sociedades comerciales como sujetos comprendidos por el sistema, cuestión que ha quedado librada a criterio de interpretación.

Tal como lo explica el Dr. Santarelli (4), para la consideración o no de la relación como de consumo es clave la utilidad que se le dará al bien que se adquiere a través de ella, si este es destinado a una utilidad final, es decir, que se lo retira del mercado, estaría dentro del microsistema; si, por el contrario, es integrado en una cadena productiva o de comercialización, estaría por fuera de él. En esta tesitura se desplaza la consideración de un criterio subjetivo en el sentido de considerar la condición de las partes (personas físicas o de existencia ideal, con fines de lucro o no) para hacer foco en un ejercicio objetivo que es la utilidad que se le dará el bien o servicio.

La doctrina y la jurisprudencia han ido construyendo criterios interpretativos que nos permiten definir cuándo una empresa puede ser considerada consumidora: en este sentido se ponderan cuestiones como

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) RUSCONI, Dante, "La noción de "Consumidor" en la nueva ley de defensa del consumidor", JA 2008-II-1225.

(2) STIGLITZ, Gabriel, "Codificar el derecho del consumidor en Argentina. El Derecho Privado en el Siglo XXI. (Agenda presente y futura). Homenaje a la Prof. Dra. Noemí L. Nicolau", La Ley, Buenos Aires,

2022, t. I, ps. 156/57.

(3) RUSCONI, Dante, ob. cit.

(4) SANTARELLI, Fulvio, "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada", VÁZQUEZ FERREYRA -

PICASSO (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 29.

la naturaleza del bien obtenido a través de la relación de consumo, la actividad a la que se dedica la empresa; el destino que le ha dado a ese bien; la relación de asimetría entre las dos empresas, los niveles técnicos-organizacionales de las mismas, entre otras (5).

En el caso que nos ocupa la demandada cuestiona el destino final del servicio por parte de la actora argumentando que la cuenta corriente era usada por esta para el pago de salarios, proveedores y demás cuestiones relativas al giro de la empresa. Sobre esta cuestión la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que para ser considerada una relación dentro del régimen de consumo entre dos empresas, el bien o servicio adquirido no debe integrar de manera directa o inmediata el proceso productivo o de comercialización en la empresa adquirente, concepto ratificado judicialmente en pronunciamientos como “Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA” y “Mijormi SRL c. Patagonia Flooring SA s/ordinario” (6) “Demos SRL c. Hyundai Motor Argentina SA” (7). No obstante también existieron pronunciamientos donde se les negó tal calidad, justamente por reunir la calidad de empresario/comerciante y por estar ligado el bien o servicio a la actividad comercial habitual de la empresa (8).

Con un criterio “finalista” la doctrina propone contrastar el bien o servicio adquirido con el objeto y la actividad comercial de la sociedad. Tarea que puede presentar algunas complicaciones, puesto que se postula que el bien no esté integrado al giro comercial de la empresa o no se involucre con su objeto social. Para este criterio se han esgrimido algunas posturas que sugieren cómo llegar a la conclusión sobre si el bien integra estos procesos: entre ellas podemos citar la que se utiliza en analogía con el Derecho laboral para la invocación de la responsabilidad solidaria; y se propone analizar si el bien o servicio adquirido resulta necesario para la consecución de la finalidad de la empresa (9).

El destino del bien o servicio, y que este haya sido adquirido por fuera de las actividades habituales de producción o comercialización de la empresa (10), según algunos autores, es lo que justifica la vulnerabilidad del adquirente, es decir, si el bien es utilizado para la actividad profesional, no habilitaría la protección; en cambio si el bien es adquirido para un uso apartado del objeto de la sociedad, puede generarse lo que Rusconi reconoce como una “subordinación relacional” generada por la asimetría entre los contratantes (11).

La Cámara, en el fallo que examinamos, no hace mención a la consideración del destino del servicio utilizado por la actora, razón por la que se entiende que no ha constituido un óbice para la aplicación del régimen, toda vez que le concede el carácter de consumidora.

En este sentido compartimos el criterio adoptado por la Cámara y coincidimos en que ante los importantes niveles de complejidad que atraviesa la materia contractual en nuestro siglo, deben evitarse lecturas sesgadas o simplificadoras; pero para lograr armonía entre la utilidad y justicia contractual, deberá evaluarse la situación en cada caso concreto con un abordaje integrador de las circunstancias (12).

IV. La situación de debilidad de la actora

Si bien en el caso anotado el destino del servicio que la empresa contrataba al Banco Nación respecto a su integración con su proceso productivo resulta importante para la calificación de consumidora o no a la sociedad, el Juzgado ha ponderado otro factor no menos importante, que es el criterio de vulnerabilidad empresarial ante los niveles de profesionalidad, tecnicismo y organizacionales por parte del proveedor del servicio (Banco). Este factor es, a nuestro entender, uno de los más difíciles de evaluar.

¿Cuándo estamos ante un poder tan desigual de negociación que provoca un desequilibrio contractual que amerita protección?

Muchas podrían ser las cuestiones a tener en cuenta para elaborar la respuesta: por ejemplo el tamaño de ambas empresas; el nivel de organización; los montos de facturación; los niveles de profesionalización; si cuentan con asesoramientos técnicos; cuestiones que, a nuestro juicio, responden a parámetros intra-empresa, pero a estas mediciones deberían agregarse estudios estructurales y situacionales de mercado, es decir, entender el rol que cumple cada una en dicho ámbito, la necesidad de una respecto a los bienes y servicios que produce la otra, la posibilidad de obtener esos servicios de otros proveedores, el grado de dependencia que pueda existir entre ellas, para lograr entender las posibilidades reales de negociación que posee cada una y las eventuales debilidades o vulnerabilidades que puedan padecer.

Claramente la elaboración de la respuesta no es para nada sencillo. La construcción del concepto de la *empresa en situación de vulnerabilidad* es extremadamente complejo y condicionado a cada situación en particular, si bien, como ya se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, existe consenso sobre algunos factores a ponderar, lo más importante es evaluar la situación concreta en su conjunto. Y en este sentido coincidimos con Boggiano cuando expresa que es necesario apelar a “...criterios flexibles para obtener soluciones equitativas. En la penumbra no puede haber tipicidad, sino el arbitrio del buen juicio...”, (13) para tutelar el equilibrio del sinalagma contractual. También coincidimos en su afirmación acerca de la dificultad de la existencia de empresas típicamente débiles, ello por cuanto entendemos que lo que las convierte en débiles

jurídico por lo general es la situación contextual del mercado y la situación a la que se encuentran expuestas (14).

Por años se ha sostenido que lo más característico de la debilidad del consumidor era su falta de profesionalidad, cuestión que si bien es cierta no es la única determinante de dicha condición de vulnerabilidad, sino que con la complejización de las relaciones y la mutación en los modos de contratar vamos encontrando situaciones cada vez más cotidianas donde las condiciones estructurales de mercado, sumado a la posición ventajosa de negociación de una determinada empresa puede condicionar la contratación no solo a un individuo desinformado y desprotegido, sino que también a una empresa con importantes niveles de organización y *expertise* comercial. En el fallo en análisis el Tribunal hace hincapié en la situación de debilidad detentada por la actora, entendiendo que esta es también una de las piezas clave del sistema de protección ante una situación que “fragiliza” al sujeto de derechos, desequilibrando la relación de consumo. Presumiendo que la vulnerabilidad puede ser considerada una característica del sujeto en situación de debilidad, que genera una señal de necesidad de protección” (15).

En este sentido se ha tenido en cuenta la estructura del mercado en la que se desenvuelven las partes, la situación de cada una, su grado de profesionalización, el servicio que presta el proveedor y la necesidad de su usuario para con él, la experiencia técnica de ambas, con el fin de determinar si existe la necesaria igualdad de condiciones en la contratación que garantice la ausencia de vulnerabilidades. Y al referirse a la relación que unía a las partes la Cámara consideró expresamente que “...De sus caracteres distintivos puede enunciarse que es contrato típico y nominado; autónomo, consensual; de adhesión (art. 984, CCyC); bilateral; oneroso, formal, conmutativo y de tracto sucesivo y en el que, claramente, existe una desigualdad entre las partes, lo que no se ve alterado por el hecho de ser una de ellas una persona jurídica, las que pueden resultar incluidas en la categoría del ‘consumidor empresario’ (conf. art. 1º ley 24240), como es el caso de autos. Así, el encuadre de la relación jurídica en el marco del Derecho del consumidor sobre el que se dio cauce a la acción principal coloca al actor en un régimen protectorio especial, ya que se encuentra en una situación en donde debe primar la norma más favorable a su posición, como expresión del *favor debilis* (art. 3º, ley 24.240), en la que, además, debe ponderarse adecuadamente su situación de inferioridad económica o técnica frente a la institución bancaria” (16).

V. El consumidor financiero

Si ánimo de caer en más segmentaciones se hace referencia al consumidor financiero cuando el sujeto de la relación de

consumo es usuario de un servicio financiero (17) y expresamente se viene reconociendo esta calificación en pos de generar dispositivos normativos que brinden un marco de protección específica al consumidor ante los proveedores de este tipo de servicios que claramente disponen en la mayoría de los casos de una posición negocial extremadamente superior al usuario por su grado de profesionalidad, tecnicismo y los sofisticados sistemas informáticos que utilizan.

La necesidad de abordajes protectorios específicos para los consumidores de servicios bancarios y financieros viene siendo reconocida desde hace varios años por diferentes organismos internacionales como el Banco Mundial, que en su escrito de “Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero” del año 2012 (18) establece pautas para su identificación y protección; la Asamblea General de Naciones Unidas, a través de la revisión de Directivas sobre Protección del Consumidor (19) y el Manual sobre protección del consumidor de la UNCTAD (20), que le dedica un capítulo especial a este tipo de relación de consumo, generando un mínimo de directivas para basar las legislaciones internas haciendo, a su vez, en dicho instrumento especial mención a la protección de los datos de los usuarios ante los fraudes y los abusos (21), sobre todo teniendo en cuenta la creciente tendencia de digitalización de estos mercados.

La implementación de los sistemas informáticos en los mercados financieros ha generado una exposición mayor del consumidor y sus datos personales, constituyendo hoy uno de los mayores desafíos de las regulaciones actuales y futuras, sobre todo teniendo en cuenta el impacto de la Inteligencia Artificial (22) y los criptoactivos. Por ello se requieren tratamientos específicos, con el fin de garantizar la privacidad de los datos, su seguridad y la correcta información sobre su utilización por parte del proveedor, con el fin de evitar estafas y usos incorrectos y no autorizados.

En el fallo anotado el producto adquirido por la actora es una cuenta corriente conceptualizada por la Excma. Cámara como “...la cobertura de una operación típicamente pasiva, en virtud de la cual el cliente se obliga a mantener crédito en esa cuenta, sea mediante depósitos o de otra forma y el banco a mantenerse crédito siempre disponible para el cliente, prestando un servicio de caja, atendiendo las órdenes del cliente sobre cobros, pagos y transferencias...” (23). En nuestro país los contratos bancarios son regulados sistemáticamente en el cap. 12 del Título IV del Libro III del Código Civil y Comercial.

Si bien los consumos de servicios bancarios y financieros no fueron aceptados dentro del microsistema de consumo en forma pacífica y las discusiones en cuanto

(5) OLIVERA PINO, Juan Ignacio. “La sociedad comercial consumidora”, SJA 16/01/2019, 3, TR LALEY AR/DOC/3695/2018.

(6) CNCom., sala B, “Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA”, 2003./ CNCom., sala A, “Mijormi SRL c. Patagonia Flooring SA s/ordinario”, 2015.

(7) CCiv. y Com., Concepción, Tucumán, “Demos SRL c. Hyundai Motor Argentina SA y otro s/ordinario”,

(8) CNCom. sala E, “Cash Converters Central S.A. v. Prosegur S.A. s/ordinario”, 27/8/2004; id., “Sierra Gas S.A. v. EG3 S.A. s/ordinario”, 18/12/2006, JA 2007-II-392. CNCom. sala A, “Aman, Juan C. v. Príncipe Automotores y otro s/ordinario”, 3/7/2003; id., sala B, “Blue Way S.A. v. Cidef Argentina S.A. y otro s/ordinario”, 21/12/2005; ibíd., “De Pascale, Inés v. Lardo, Daniel R. y otros s/ordinario”, 22/5/2006. SC Mendoza, sala I, “Sellanés, Elian v. Frávega S.A.C.I.E.I. p/ord. s/ inc. cas.”, 12/10/2006.

(9) QUAGLIA, Marcelo C., “La persona jurídica como

consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente”, LA LEY, 2019-E, 315, TR LALEY AR/DOC/3104/2019

(10) CNCom., sala C, “Familia Amaya S.R.L. c/ Alra S.A. y otro s/ordinario”, 19/05/2020: “El legislador admitió la categoría de ‘consumidor empresario’ y con ella la posibilidad de que haya acto de consumo en la adquisición de un bien o servicio a ser destinado a la gestión empresarial”.

(11) VALICENTI, Ezequiel “El problema del empresario-consumidor. Las relaciones contractuales asimétricas entre empresarios”, DJ 30/11/2016, 1; TR LALEY AR/DOC/2643/2016.

(12) FRUSTAGLI, Sandra - HERNÁNDEZ, Carlos - SANTARELLI, Fulvio, “Justicia contractual, nuevos horizontes y desafíos (a propósito de la violencia económica). El Derecho Privado en el Siglo XXI. (Agenda presente y futura). Homenaje a la Prof. Dra. Noemí L. Nicolau, t. II, La Ley, Buenos Aires, octubre 2022, p. 361.

(13) BOGGIANO, Antonio, “Derecho aplicable a los contratos de consumo y entre empresas. A propósito del contratante débil y el derecho internacional privado”, LA LEY, 2010-E, 1301; TR LALEY AR/DOC/7127/2010.

(14) *Ibidem*.

(15) BRUN, Carlos A. - BRUN, Emiliano, “La relación de consumo, el destino final y la falta de profesionalidad del consumidor”, LA LEY 27/09/2021, 10; TR LALEY AR/DOC/2747/2021

(16) Copia textual del fallo comentado.

(17) Según lo expresado por la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (BCRA), comunicación A-5460 del BCRA en vigencia desde el 19 de julio de 2013

(18) Banco Mundial, “Buenas prácticas para la Protección al Consumidor Financiero”, junio 2012,

(19) Junta de Comercio y Desarrollo Comisión de Comercio y Desarrollo Grupo Intergubernamental

de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor Sexto período de sesiones Ginebra, 18 y 19 de julio de 2022 Tema 7 del programa provisional Protección del consumidor en el ámbito financiero, fomentando su educación y alfabetización financieras Nota de la secretaría de la UNCTAD (Naciones Unidas).

(20) United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

(21) *Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor*, cap. V, sección J: Servicios financieros. Inc. G.

(22) PARDO, Valeria R. “El impacto de la publicidad basada en la IA y el sobreendeudamiento del consumidor digital”, LA LEY 15/03/2023, 1; TR LALEY AR/DOC/531/2023.

(23) Copia textual del fallo en cita a Jorge H. Alterini, “Código Civil y Comercial Comentado Tratado Ley, 2015.

a la aplicabilidad o no del régimen a este tipo de relaciones fueron muy interesantes, a partir de las reformas introducidas por la ley 26.361 las divergencias han quedado saldadas, toda vez que el art. 1384 dispone expresamente que “las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093”.

En este sentido se ha destacado que todos los servicios bancarios y financieros, ya

(24) ARIAS, María Paula - QUAGLIA, Marcelo C., “La tutela al consumidor en el ámbito de los servicios financieros”, LA LEY, 2018-D, 193; TR LALEY AR/

sean pasivos o activos, pueden ser considerados dentro del consumo.

Puntualmente, en varias oportunidades ya se ha considerado a la cuenta corriente como un servicio de consumo, siempre y cuando no sea utilizada exclusivamente para el giro comercial o la explotación productiva del consumidor. Y ante un destino mixto, deberá estarse a la interpretación en favor de la parte débil comprendiendo la relación dentro del régimen especial (24).

DOC/1333/2018

(25) SANTARELLI, Fulvio G., “Contrato y Mercado”, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 63.

VI. Palabras finales

Con certeza podemos decir que el Derecho está mutando con intenciones de acompañar el ritmo de los cambios sociales que se propician velozmente y el Derecho del consumidor no es ajeno a esta situación, puesto que es atravesado por estos en forma directa e inmediata, que por ser uno de los cambios más profundos, se evidencia en las formas de contratar.

Para lograr el equilibrio contractual en las relaciones que se suscitan en el mercado, los desafíos del microsistema realmente son enormes, sobre todo teniendo en cuenta las tendencias actuales de digita-

lización de los mercados y el consecuente impacto en los consumidores.

A los fines de obtener en mayor cantidad de casos la utilidad y justicia contractual, sin ánimos de desvirtuar el derecho de consumo, es necesario ampliar la mirada y evaluar cada situación en concreto con una visión integrada y una impronta omnicomprensiva como lo ha hecho la Excma. Cámara en el caso examinado; porque, tal como lo expresa el Dr. Santarelli, en un mercado segmentado se imponen soluciones contractuales apropiadas (25).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2589/2023

Jurisprudencia

Compensación tributaria

Compensación del saldo del impuesto sobre los bienes personales (acciones-participaciones societarias) con el saldo del impuesto a las ganancias. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia. Exceso reglamentario de la AFIP.

1. - La sentencia que declaró la nulidad de la resolución del Fisco por la cual se había rechazado el pago por compensación del saldo correspondiente al impuesto sobre los bienes personales, acciones o participaciones societarias con el saldo a favor de las DD.JJ. del impuesto a las ganancias debe ser confirmada, atento a que resulta de una ajustada lectura del ordenamiento legal que rige la materia y de una correcta interpretación de lo expuesto en relación con esta materia por la Corte Suprema —Fallos: 334:875—. De ese modo, existiendo identidad de sujetos tributarios, en tanto el titular pasivo de la deuda impositiva es, simultáneamente, el titular activo de un crédito contra el Fisco, no resulta relevante que en un caso lo sea como responsable y en el otro como contribuyente. [1]

2. - La administración tributaria se ha excedido indebidamente en el ejercicio de su potestad de reglamentación, pues el legislador ha autorizado a extender a los responsables enumerados en el art. 6º de la ley de rito la posibilidad de compensar sus saldos “conforme los requisitos y condiciones que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos”, pero el ente recaudador ha fijado una prohibición con relación a los responsables sustitutos —cfr. res. gral. 3175/2021 (AFIP)—.

CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 12/10/2023. - Avenida Compras SA c. EN-AFIP-DGI-Resol. 225/21 s/ Dirección General Impositiva.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/134418/2023]

Jurisprudencia vinculada

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Rectificaciones Rivadavia S.A. c. A.F.I.P. s/ordinario”, 12/07/2011, Fallos Corte: 334:875, TRLALEY AR/JUR/33448/2011, sostuvo que la compensación del impuesto sobre los bienes personales de la sociedad actora mediante la utilización de los saldos de libre disponibilidad generados en el impuesto al valor agregado procede, toda vez

que el saldo acreedor pertenece a la reclamante como contribuyente en el impuesto al valor agregado y al deudor también le pertenece como responsable del gravamen que se pretende compensar —acciones o participaciones societarias—, verificándose así la requerida identidad entre los sujetos tributarios. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

2ª Instancia. - Buenos Aires, 12 de octubre de 2023.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Vincenti* dijo:

1º) Que el señor juez de primera instancia hizo lugar, con costas, a la demanda de Avenida Compras SA contra la Administración Federal de Ingresos Públicos-Dirección General Impositiva (AFIP-DGI), tendiente a que se declarara la nulidad de la resolución 225/2021, del Director de la Dirección Regional Centro II de la Dirección General Impositiva, confirmatoria de la resolución 11/2021, mediante la cual se rechazó el pago por compensación del saldo de \$ 1.059.246,07 correspondiente al impuesto sobre los bienes personales, acciones o participaciones societarias (período fiscal 2020) con el saldo a favor de las DDJJ del Impuesto a las Ganancias de los períodos fiscal 2015 y 2016 por \$ 453.342,66 y \$ 605.903,41, respectivamente.

Para así decidir, sostuvo que la sustancia del debate ya había sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Rectificaciones Rivadavia S.A.”, cuya doctrina correspondía aplicar para decidir el presente y destacó que si bien el ente fiscal cuenta con la potestad de reglamentar el derecho que el legislador ha reconocido en favor de determinados sujetos, fijando los requisitos y condiciones para su ejercicio, ello no significa que pueda negar aquello que la ley no niega.

En consecuencia, concluyó que la prohibición introducida por la Resolución General (AFIP) 3175, respecto de los responsables sustitutos, configuró un exceso reglamentario, puesto que el legislador ha autorizado a extender a los responsables enumerados en el art. 6º de la ley 11.683 la posibilidad de compensar sus saldos “conforme los requisitos y condiciones que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos”, pero el ente fiscal ha fijado una prohibición con relación a esos sujetos.

Citó jurisprudencia de todas las salas de esta Cámara coincidente con su postura y, en razón de todo ello, declaró la ilegitimidad de la resolución 225/2021 (DR CII) junto a su acto previo; por estar viciado el elemento causa como derecho aplicable antecedente; motivo por el cual el acto es nulo, de nulidad absoluta e insanable.

2º) Que, disconforme con la sentencia, la AFIP-DGI interpuso recurso de apelación, que fue concedido libremente (v. escrito y proveído del 3/8/2023).

Puestos los autos en la Oficina, expresó sus agravios en los términos del art. 259 del Código Procesal, Civil y Comercial el 19/09/2023, que fueron contestados.

3º) Que, el organismo fiscal afirma que de la normativa surge con claridad que los responsables sustitutos no pueden utilizar la compensación como mecanismo para cancelar las obligaciones emanadas de dicha calidad.

Además, sostiene que, en función de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley de Procedimiento Tributario, la compensación de tributos es facultativa para el organismo fiscal, conforme los “requisitos y condiciones que establezca”, de lo cual se deduce que no procede de puro derecho, sino que requiere de la habilitación expresa del Fisco.

Destaca que el establecimiento de los mecanismos de recaudación y percepción de impuestos constituyen una materia discrecional reservada para el legislador y la propia administración, en virtud de las facultades delegadas en los arts. 23 y 24 de la ley 11.683, las cuales la habilitan a determinar los mecanismos de percepción que mejor se adecúen a una mayor celeridad y eficacia en su rol de administración tributaria.

Dice que la RG 3175 implicó el debido ejercicio de las facultades delegadas a la Administración en materia de percepción de impuestos y que, al modificar la RG 1658, tomó en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Rectificaciones Rivadavia”, según surge de sus considerandos, e insiste en que la norma dispuso que “Los responsables por el cumplimiento de deuda ajena y los responsables sustitutos... no podrán solicitar la compensación a que alude dicha resolución” (art. 1º *in fine*).

En tal sentido, asegura que la compensación que intenta la actora debe ser acorde a los términos de la RG 3175/11, vigente al momento de solicitarla. Por ello, dice que el tema en debate en el presente proceso no es análogo al decidido por el Alto Tribunal en el citado fallo.

Es por ello que, según afirma, el acto administrativo posee causa suficiente fundada en normas y leyes impositivas cuya constitucionalidad no fue impugnada en autos.

También se queja de que el juez de grado haya indicado que la demandada fue imprecisa con respecto a la existencia o no de un expediente administrativo, por cuanto asegura que los antecedentes de esa índole fueron acompañados al contestar la demanda.

Por último cuestiona la imposición de costas.

4º) Que, ante todo, debe destacarse que no se encuentra discutido el carácter de libre disponibilidad de los saldos a favor declarados por la firma actora en Impuesto a las Ganancias ni tampoco la aptitud legal de estos para ser compensados con el impuesto sobre los bienes personales, acciones o participaciones societarias.

Tampoco se encuentra controvertido el carácter de responsable sustituto de la firma actora.

En cambio, la cuestión radica en torno al alcance del carácter de responsable sustituto de Avenida Compras SA, es decir, si en esa condición tiene la posibilidad de solicitar la cancelación del impuesto mencionado por medio del mecanismo de la compensación.

5º) Que, en primer lugar, corresponde reseñar los hechos que surgen de las constancias agregadas a la causa:

El 16.06.2020, Avenida Compras SA presentó una solicitud de Compensación-Imputación de Crédito, adjuntando —en lo que aquí interesa— una copia digitalizada del F.206/I (multinota) y una copia digitalizada de dos formularios F.899/A a fin de solicitar compensar el saldo de la declaración jurada del Impuesto sobre los Bienes Personales (acciones y participaciones societarias) del período fiscal 2020, por la suma de \$453.342,66 y de \$605.903,41 correspondientes a los períodos 2015 y 2016, respectivamente, con un saldo a favor de libre disponibilidad del Impuesto a las Ganancias.

El 22.06.2020, el Jefe (Int) Sección Cobranza Judicial 2º, Reemplazo Agencia N° 1 de la Dirección Regional Centro II, por resolución 11/2021, denegó esta petición por considerarla improcedente con base en el dictamen 67/03 de la Dirección de Asesoría Técnica.

Ante ello, la contribuyente interpuso el recurso de apelación previsto en el art. 74

del decreto 1397/79 —reglamentario de la ley 11.683—, a fin de que se dejó sin efecto la resolución 11/2021.

El 6/10/2021, el director de la Dirección Regional Centro II de la Dirección General Impositiva de la AFIP-DGI dictó la resolución 225/2021 (DR CII), que rechazó el recurso y contra este último acto administrativo se inició la acción judicial prevista en el art. 23 de la ley 19.549.

6º) Que la cuestión de fondo planteada dista de ser novedosa, pues ha sido resuelta de forma coincidente en lo sustancial tanto por este Tribunal como por las demás salas de esta Cámara (cfr. Sala IV, causa CAF 15054/2020/CA1 “Halliburton Argentina SRL c/ EN-AFIP-DGI s/ proceso de conocimiento”, sent. del 16.08.22; Sala I, causa CAF 39391/2013, “Lanamerica SA c/ EN-AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva”, sent. del 21.11.19; Sala II, causa CAF 83226/15 “Cresud S.A. Comercial Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria c/E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. s/ Dirección General Impositiva”, sent. del 16.04.19 [sentencia firme toda vez que el 4 de febrero de 2021 la Corte Suprema desestimó la queja contra el recurso extraordinario]; Sala III, causa CAF 12.486/2015 “Cresud S.A. Comercial, Inmobiliaria, Financiera y Agropecuaria c/E.N. - A.F.I.P.-D.G.I. s/ Dirección General Impositiva”, sent. del 4.10.18 y Sala V causa CAF 54562/2015, “IRSA Inversiones y Representaciones S.A. c/E.N. - A.F.I.P. - D.G.I. s/ Dirección General Impositiva”, sent. del 8.8.18), y en todos los casos se admitió la compensación.

En este sentido, es claro que en la materia pueden escindirse dos aspectos normativos.

Por un lado, el carácter tributario-sustantivo, que involucra al aspecto material y subjetivo del impuesto, que refiere que resulta un hecho imponible del impuesto a los Bienes Personales la posesión de acciones representativas del capital social de entes privados por parte de personas físicas o sucesiones indivisas radicadas en el país (arts. 17 y 19, inc. j, Título VI de la ley 23.966).

Por el otro, el denominado tributario-obligacional, relativo a la modalidad de cancelación y consecuente extinción de la obligación fiscal por parte del sujeto debido, es decir la obligación de liquidar e ingresar dicho gravamen por parte de las sociedades comerciales regidas por la ley 19.550, en el carácter de pago único y definitivo.

Al respecto, la ley 11.683 instituye a los “Responsables sustitutos en la forma y oportunidad que se fijen para tales responsables en las leyes respectivas”, como sujeto obligado a pagar el tributo al Fisco (art. 6º, ap. 2º).

Además, prevé como medio hábil al instituto de la “compensación” para extinguir las obligaciones tributarias sustantivas, estipulando que la AFIP “...podrá compensar de oficio los saldos acreedores del contribuyente, cualquiera que sea la forma o procedimiento en que se establezcan, con deudas o saldos deudores de impuestos declarados por aquel o determinados por la Administración Federal (...) aunque provengan de distintos gravámenes (...). La facultad consignada en el párrafo anterior podrá hacerse extensible a los responsables enumerados en el artículo 6 de esta ley, conforme los requisitos y condiciones que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos” (art. 28).

Este último dispositivo ha sido reglamentado oportunamente por la RG 1658/2004, cuyo art. 1º fue sustituido por la RG 3175/2011 (B.O. 2/09/11), rigiendo desde

entonces el siguiente: “[l]os contribuyentes o responsables mencionados en el artículo 5º de la ley 11.683 (...), podrán solicitar la compensación de sus obligaciones fiscales —determinadas y exigibles— con saldos a su favor aun cuando estos correspondan a distintos impuestos (...). “(...) procederá en tanto los saldos deudores y acreedores pertenezcan, a la vez, a un mismo sujeto en su carácter de titular pasivo de la deuda impositiva y titular activo de su crédito contra el Fisco, y siempre que la autoricen las normas que rigen los gravámenes de que se trate”. “Los responsables por el cumplimiento de deuda ajena y los responsables sustitutos a que se refiere el artículo 6 de la ley 11.683 (...), no podrán solicitar la compensación a que alude la presente” (el destacado no es del original).

De lo anterior se infiere que el conflicto se centra en el carácter subjetivo de Avenida Compras SA a la luz del Impuesto sobre los Bienes Personales, lo cual tiene directa implicancia en su derecho a solicitar la cancelación de tal impuesto a través del instituto de la compensación.

Entonces, la discrepancia de autos radica en los alcances que tiene el sustituto para cancelar el citado impuesto a través de ese mecanismo, pues la AFIP-DGI niega esa posibilidad con base en que el hecho imponible tiene por sujeto a los titulares de las acciones de la sociedad comercial y cabiéndole a esta última solo el deber de liquidar e ingresar el gravamen en lugar de aquellos.

7º) Que, en rigor de verdad y tal como surge de los precedentes referidos en el considerando anterior, la sustancia de este debate fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Rectificaciones Rivadavia S.A.” (Fallos: 334:875).

Allí se señaló que “...el saldo acreedor pertenece a Rectificaciones Rivadavia S.A. como contribuyente en el I.V.A. y el deudor también le pertenece, como responsable del Impuesto sobre los Bienes Personales acciones y participaciones societarias”. “Se verifica así la requerida identidad entre los sujetos tributarios, esto es, que el titular pasivo de la deuda impositiva sea, simultáneamente, el titular activo de un crédito contra el Fisco sin que, por los fundamentos ya desarrollados en el párrafo anterior, resulte relevante que un caso lo sea como ‘responsable’ y en el otro como contribuyente”.

“Es que, por la forma como el legislador ha redactado el artículo sin número a continuación del art. 25 de la ley 23.966 (texto según su similar 25.585), resulta innegable que Rectificaciones Rivadavia S.A. es el único que queda obligado frente al Fisco por el tributo que correspondería a sus accionistas o participantes en su capital...”

En esa inteligencia, la calidad de responsable sustituto de Avenida Compras SA no es un impedimento por sí mismo para requerir la compensación de su saldo acreedor en el Impuesto a las Ganancias con el deudor en el Impuesto sobre los Bienes Personales-acciones y participaciones.

Ahora bien, al dictaminar en la causa “Rectificaciones Rivadavia SA”, el Ministerio Público Fiscal señaló —en argumento que fue compartido por la mayoría del Tribunal— que en virtud de lo normado en el artículo 1º de las RG DGI N° 2542 —hoy derogada— y en el art. 1º de la RG AFIP N° 1658 —texto anterior a la reforma introducida por su similar N° 3175—, se permitía solicitar la compensación a todos los sujetos, sin distinción entre los “sustitutos” y “responsables por deuda ajena”, toda vez

que, por aquel entonces, no existía ninguna prohibición expresa.

Sin embargo, destacó que con el dictado de la RG AFIP N° 3175, y al modificarse el último párrafo del art. 1º de la RG AFIP N° 1658, quedó vedada la posibilidad de que los responsables sustitutos, a que se refiere el art. 6º de la ley 11.683, puedan solicitar la compensación a la que se alude.

En este punto es oportuno resaltar que a partir de la reforma introducida por la ley 27.430 a la ley 11.683, los responsables sustitutos se encuentran normativamente distinguidos de los responsables por deuda ajena, conteniendo actualmente el art. 6º de la ley de rito dos apartados diferenciados, uno para cada tipo de sujeto.

De lo anterior se desprende con claridad que la administración tributaria se ha excedido indebidamente en el ejercicio de su potestad de reglamentación (cfr. en igual sentido, los pronunciamientos de la Cámara ya citados).

Ello es así, pues el legislador ha autorizado a extender a los responsables enumerados en el art. 6º de la ley de rito la posibilidad de compensar sus saldos “conforme los requisitos y condiciones que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos”, pero el ente recaudador ha fijado una prohibición con relación a esos sujetos.

Al respecto, es del caso recordar que el decreto 618/97 en su art. 7º, al regular las facultades de reglamentación que le caben a la AFIP estatuye: “[e]l Administrador Federal estará facultado para impartir normas generales obligatorias para los responsables y terceros, en las materias en que las leyes autorizan a la Administración Federal de Ingresos Públicos a reglamentar la situación de aquellos frente a la Administración”.

Al ser ello así, debe concluirse que si bien la administración tributaria cuenta con la potestad de reglamentar el derecho que el legislador ha reconocido en favor de determinados sujetos, fijando los requisitos y condiciones para su ejercicio, ello no significa que en el ejercicio de esa facultad se impida aquello que la ley no niega.

Recuérdese que nuestra Ley Fundamental establece que el Poder Ejecutivo expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, inc. 2º).

Por ello, corresponde confirmar la sentencia recurrida en atención a que resulta de una ajustada lectura del ordenamiento legal que rige la materia y de una correcta interpretación de lo expuesto en relación con esta materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 334:875).

De ese modo, existiendo identidad de sujetos tributarios, en tanto el titular pasivo de la deuda impositiva es, simultáneamente, el titular activo de un crédito contra el Fisco, no resulta relevante que en un caso lo sea como responsable y en el otro como contribuyente.

8º) Que, la queja relacionada con que el magistrado indicó que la demandada fue imprecisa respecto de la existencia de un expediente administrativo, debe desestimarse toda vez que esa manifestación no le causa agravio.

Por lo demás, lo cierto es que se encuentran incorporadas digitalmente las constancias administrativas suficientes y pertinentes para resolver la cuestión de autos.

9º) Que, en lo atinente a la apelación de la imposición de costas, se debe aplicar el principio rector que en la materia establece el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota y, en consecuencia, corresponde confirmar su imposición y disponerlas a la demandada vencida también las de alza (art. 68, primer párrafo, del CPCCN).

Por todo lo expuesto, voto y propongo al acuerdo: desestimar el recurso de la AFIP-DGI y confirmar la sentencia apelada en cuanto al fondo de la cuestión debatida; con costas (art. 68, primer párrafo, CPCCN).

El doctor *Morán* adhirió al voto que antecede.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve*: desestimar el recurso de la AFIP-DGI y confirmar la sentencia apelada en cuanto al fondo de la cuestión debatida; con costas (art. 68, primer párrafo, CPCCN).

Se deja constancia que el señor juez de Cámara Marcelo Daniel Duffy no suscribe por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Rogelio W. Vincenti*. — *Jorge E. Morán*.

Competencia

Hábeas data contra una entidad financiera. Competencia de la justicia comercial.

Resulta competente la justicia comercial para entender en una acción de hábeas data, en los términos de la ley 25.326 y del art. 43 de la CN entablada contra una entidad financiera, a fin de proceder a la rectificación y supresión de los registros donde se incluye indebidamente al actor como deudor del sistema financiero, ya que el ejercicio de la actividad comercial de la demandada está estructurada bajo la forma de una sociedad anónima, tipo legal cuya adopción consagra su comercialidad, aun con independencia del objeto de explotación.

CNCom., sala A, 12/09/2023. – Cofre, Alejandro Gabriel c. Banco Santander Argentina SA s/ Amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/118569/2023]

2ª Instancia. - Buenos Aires, 12 de septiembre de 2023.

1) Fueron elevadas las presentes actuaciones a efectos de dirimir la contienda negativa de competencia suscitada entre el Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 2 (resolución de fecha 31.05.23) y la Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 1 (resolución de fecha 21.06.23).

Con fecha 22.08.23 se expidió la Sra. Representante del Ministerio Público.

2) Gabriel Alejandro Cofre promovió acción de hábeas data, en los términos de la ley 25.326 y del artículo 43 de la C.N. contra Banco Santander Argentina SA, a fin de proceder a la rectificación y supresión de los registros donde se incluye indebidamente al actor como deudor del sistema financiero. Solicitando, además, los daños y perjuicios ocasionados por el ilegítimo accionar de la demandada.

3) A los efectos de determinar la competencia del Tribunal que habrá de entender en la causa debe estarse, en primer lugar, a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda y solo después, en la medida que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión (CPCC:5).

3.1. Conforme se desprende de la reseña precedente la acción entablada por el actor se dirige contra una entidad financiera privada, por la eventual responsabilidad que le cabría como consecuencia de la conducta irregular que se le endilga y que derivó en el informe financiero negativo del accionante y posterior difusión en las bases de datos de la organización Veraz SA y Banco Central de la República Argentina.

3.2. Pues bien, el art. 36 de la Ley 25.326 establece que a los efectos del conocimiento de la acción de protección de los datos personales procederá la competencia federal en dos supuestos: (a.) cuando aquella se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales; y (b.) cuando se accione respecto de archivos de datos interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.

Síguese de ello, que esta norma solo reserva a la competencia federal los datos sensibles provenientes de los bancos de datos emanados de entes de la administración pública, vinculados al denominado "gobierno electrónico" —*e-government*, tal su denominación internacional—, es decir, aquellos provenientes de la utilización

por parte del gobierno de las modernas tecnologías de información y de las telecomunicaciones para la provisión de servicios y transacciones administrativas vía internet a los ciudadanos, con la finalidad de procurar la eficiencia y la transparencia en su gestión y mejorar el acceso de la comunidad al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones y cargas (cfr. Romero, Mabel P., "Relaciones entre tecnología y democracia: *e-government* y *habeas data*. Los bancos de datos relativos a la salud y obras sociales.", *Jurisprudencia Argentina*, 2006 - III, Fascículo 1, p. 23). O bien, respecto de bases de datos que, aun no proviniendo de organismos públicos, su información adquiriera difusión nacional o internacional a través de redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.

3.3. En la especie, no se persigue la eliminación de cierta información de archivos de datos públicos de organismos nacionales, ni de aquellos que se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.

Véase que, si bien se solicitó que se comunicara al BCRA y a la organización Veraz SA acerca de la inexistencia de deuda a cargo del actor, ello no es materia de tratamiento en este proceso, pues dichas instituciones no han sido demandadas en estos autos con tal objeto. Es verdad que, eventualmente, podrían llegar a tener que modificar sus bases de datos, pero esa eventual modificación tendría lugar como consecuencia del pronunciamiento que se dicte contra la accionada, pero no como

una cuestión que haya estado sometida a conocimiento del Juez que entienda en la causa.

Tampoco se arguyó que se pretenda directamente por esta vía la intervención de bases de datos que han sido volcadas a Internet o que se encuentren conectadas a una red internacional —supuesto del inc. b) de la norma antes citada— (véase TSJ de la Pcia. de Córdoba, 24.09.04, *in re* "Zeverin c. Citibank s. *Habeas Data*").

En orden a ello, entonces, no se aprecia dada en el caso, cabalmente, una situación que torne aplicable las disposiciones relativas a la competencia federal previstas por la ley 25.326: 36.

3.4. Por lo demás, repárese que el ejercicio de la actividad comercial de la demandada está estructurada bajo la forma de una sociedad anónima, tipo legal cuya adopción consagra su comercialidad, aun con independencia del objeto de explotación (esta CNCom, esta Sala A, "Molas Lilliana c/BBVA Banco Francés SA s/ Amparo" del 07.04.11; íd. íd. "Santibáñez Vieira Marcos c/ Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ amparo" del 17.12.15; íd. íd. "Paoletti, Horacio Juan c/Reserva del Norte SA s/Amparo", del 17.08.21; Sala D, "Fernández Madero Santiago c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ amparo" del 8.11.01; íd. Sala E, "Seligmann Carlos c/ Banco Francés SA s/ amparo" del 20.11.01; íd. íd. Sala C, "Zuffinetti, Carlos c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario s/ inc. de apelación art. 250 CProc" del 10.08.04), extre-

mo que aleja a la accionada según el objeto de la pretensión de los supuestos previstos para el desplazamiento de la competencia a favor del Fuero Federal.

En función de lo expuesto, conclúyese, en que estas actuaciones deben seguir tramitando ante este fuero comercial.

4) Por lo expuesto, y oída la Sra. Fiscal General, *resuelve*:

a.) Decidir la contienda negativa de competencia suscitada en autos en favor de la postura asumida por la Sra. Juez a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 1.

b.) Disponer la consecuente radicación de las presentes actuaciones por ante el Juzgado del fuero N° 2 -Secretaría N° 4-.

Notifíquese al Ministerio Público Fiscal en su despacho y comuníquese por oficio al Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 1, lo aquí decidido.

Notifíquese a las partes la presente resolución, oportunamente, devuélvase a la anterior instancia.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal*. — *Héctor O. Chomer*. — *Alfredo A. Kölliker Frers*.

Edictos

69885/2018 CONSORCIO ADOLFO ALSINA 1474/76 c/ CASTRO, MARTHA GRACIELA Y OTROS s/EJECUCIÓN DE EXPENSAS. El Juzgado Nacional de 1ra. Instancia en lo Civil N° 46, secretaría única a mi cargo, sito en Av. De los Inmigrantes N° 1950, piso 4, de esta Ciudad, comunica dos días en el diario LA LEY que, en los autos caratulados CONSORCIO ADOLFO ALSINA 1474/76 c/ CASTRO, MARTHA GRACIELA Y OTROS s/EJECUCIÓN DE EXPENSAS EXP. Nro. 69885/2018, la Martillera Pública Susana Beatriz Fernández rematará el día miércoles 1 de noviembre de 2023 a las 10:30 hs. (reserva nro. 37266) en el Salón de Ventas de la Dirección de Subastas Judiciales sita en la calle Jean Jaures 545 de esta Capital Federal, el inmueble ubicado en calle Adolfo Alsina 1474/76 entre San José y Luis Sáenz Peña, Unidad Funcional N° 01, matrícula 13-794/1, Cir. 13 Secc. 12 Manz. 28 Parc. 19 A - Superficie Piso: planta baja y planta sótano - 299.48 m² - Porcentual 27.3%. Según constatación: la Unidad Funcional N° 01. Se trata de un local con sótano, baños sin sanitarios en ambas plantas y montacargas. Todo en re-

gular estado de uso y conservación. Desocupado. Fs. 262/65 Base: U\$S 50.000. Seña 30%, Comisión: 3%, Arancel de Subasta Acordada N° 10/99 0,25% y sellado de ley. El pago de la seña -y ulteriormente el saldo de precio- deberán ser abonados por quien resulte adquirente en dólares billetes o, en su caso, su equivalente en moneda nacional a la paridad del llamado "dólar MEP o Bolsa" vigente en cada ocasión. En el acto de suscribir el boleto de compraventa respectivo exigirá a quien resulte comprador la constitución de domicilio dentro del radio del Juzgado, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas en el art. 133 del Código Procesal. En caso de invocar un poder, deberá anunciar a viva voz el nombre del poderdante y asimismo que deberá efectivizar el pago del saldo de precio dentro del quinto día de aprobada la subasta, en los términos del art. 580 del CPCC. No procede la venta en comisión, ni la ulterior cesión del boleto de compraventa, ni la compra mediante poderes otorgados en la misma fecha de la subasta, por entender que se tra-

taría de una compra en comisión encubierta. Asimismo, en atención a lo resuelto por la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el fallo plenario recaído en autos "Servicios Eficientes S.A. c/Yabra, Roberto Isaac s/ejecución hipotecaria", "no corresponde que el adquirente en subasta judicial afronte las deudas que registra el inmueble por impuestos, tasas y contribuciones, devengadas antes de la toma de posesión, cuando el monto obtenido en la subasta no alcanza para solventarlas, sin perjuicio de que no cabe solución análoga respecto de las expensas comunes para el caso de que el inmueble se halle sujeto al régimen de la Ley 13.512". Deudas: AySA 5/01/2021 \$ 134.563,05 fs. 187, ABL: Al 7/9/2020 \$ 18.615,11 FS. 143. Expensas: fs. 299/305 Total general 9.258.720,56 intereses \$ 6.352.643,35 TOTAL \$ 15.589.363,91 abona el mes de mayo 2023 \$ 367.976,08. El inmueble podrá ser visitado el 30 de octubre de 2023 en el horario de 14 a 15.30 hs. Para concurrir a los remates, el público deberá inscribirse previamente a través de la web del Alto Tribunal (www.csjn.gov.ar) ingresando al link Oficina de

Subastas -Tramites: turnos registro y deberá presentarse el día y hora asignado en Jean Jaures 545 Pb, CABA, con el formulario que indica el sitio aludido.

Buenos Aires, 11 de octubre de 2023
Ariel González Arieta, sec.
LA LEY: I. 27/10/23 V. 30/10/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. ISSA KHOURY con DNI N° 95.671.745, nacida el 23 de junio de 1984 en L Machta El Helou-Kafroun Rafka, Tartous, República Árabe Siria, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 16 de agosto de 2023
Carlos Mallo, sec. fed.
LA LEY: I. 27/10/23 V. 27/10/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de Capital Federal, comunica que la Sra. DANIELA CRISTINA LÓPEZ GARCÍA con DNI N° 95.928.432 nacida el 31 de octubre de 1989 en Municipio Caroni, Estado Bolívar, Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 12 de septiembre de 2023
Carlos G. Mallo, sec. fed.
LA LEY: I. 27/10/23 V. 27/10/23

11229/2021. VELASQUEZ RUIZ, RAIMUNDO JUNIOR s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 4 interinamente a mi cargo, de Capital

Federal, informa que VELASQUEZ RUIZ RAIMUNDO JUNIOR, DNI N° 95.916.947, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 4 de octubre de 2023
Constanza Belén Francingues, sec.
LA LEY: I. 27/10/23 V. 27/10/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que JOSÉ MIGUEL TORRES PÉREZ, cuyo DNI es el N° 95.821.498, nacido en Distrito Lagunillas, Estado de Zulia, Venezuela, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2023
Alejandro J. Nobili, juez fed.
LA LEY: I. 27/10/23 V. 27/10/23

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Guadalupe Grande
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Érica Rodríguez
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

 Thomsonreuterslaley

 TRLaLey

 [linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)

 thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

 Centro de atención al cliente:

0810-266-4444