



**\_COLUMNA DE OPINIÓN**

## Acerca del debate presidencial obligatorio

José M. Pérez Corti

### I. Introducción

Con la sanción de la ley 27.337, el Congreso de la Nación ha introducido en el texto del Código Electoral Nacional, la figura del debate presidencial obligatorio, a través del agregado de ocho nuevos artículos en el Capítulo IV, perteneciente al Título III.

La metodología observada a tal fin es igual a la que recurrieran los legisladores con motivo de la sanción de la ley 26.571 (Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral), esto es mediante la inclusión del mismo numeral para los artículos nuevos, pero con el agregado de un adverbio latino que indica las veces que se está repitiendo dicho artículo (*bis, ter, quater, etc.*), de modo tal que la incorporación normativa no obligue a reenumerar la totalidad del articulado de la ley, objeto de reforma.

Cabe destacar que la norma sancionada reconoce un antecedente provincial en el que el legislador nacional abrevó para el diseño y contenido de varios de sus artículos. Nos referimos a la ley 7217 (1) que desde el año 2013 establece la obligatoriedad del debate para los candidatos a Gobernador y a Diputado provincial en la Provincia del Chaco.

### II. Características del debate

Los nuevos artículos disponen la obligatoriedad del debate presidencial

# El deber de información, de consejo y de advertencia en materia de seguros

Waldo Sobrino

**SUMARIO:** I. Preliminar. — II. Importancia del tema. — III. El Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor. — IV. Discordancia entre el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor. — V. Reiteraciones entre el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor. — VI. El deber de información. — VII. El *test* del deber de información legal. — VIII. El deber de consejo. — IX. El deber de advertencia. — X. Prácticas abusivas y deber de advertencia. — XI. Los abogados de las compañías de seguros y la violación del deber de advertencia. — XII. Las obligaciones legales de las compañías de seguros y los productores de seguros. — XIII. Incumplimientos y sanciones. — XIV. Aplicación de daños punitivos. — XV. Final.

➔ El deber de información es uno de los instrumentos básicos y fundamentales para intentar lograr una menor asimetría entre los proveedores y las empresas frente a los adherentes y consumidores. Dentro del deber de información general, también se encuentran el deber de consejo y el deber de advertencia a favor de la parte más débil de la relación, cuyo incumplimiento puede generar graves sanciones a las empresas en general y a las compañías de seguros en particular, como —por ejemplo— condenarla a pagar en exceso de la suma asegurada o la aplicación de daños punitivos.

### I. Preliminar

Si bien se suele señalar la *trascendencia del deber de información* (1), la experiencia nos demuestra que muchas empresas no suelen cumplir en forma correcta con dichas pautas.

Así, en el ámbito de los seguros, desde hace medio siglo tenemos un ejemplo paradigmático, donde el art. 11 de la ley 17.418 establece que las pólizas deben tener una “redacción clara y fácilmente legible” que incluya las condiciones generales y las condiciones particulares.

Pero la práctica diaria nos demuestra que no sólo nos encontramos lejos de que las pólizas tengan una “redacción clara” y “fácilmente legible”, sino que parece que a propósito muchas pólizas de seguros fueron redactadas por Franz Kafka (2).

### II. Importancia del tema

Liminarmente se debe destacar la importancia fundamental que tiene el correcto cumplimiento del *deber de información* (3) para la protección de los adherentes y consumidores, dado que va a ser una de las maneras (casi siempre imperfectas) de tratar de *disminuir* la *asimetría* de conocimiento que tiene los proveedores.

Tanta trascendencia tiene el *deber de información*, que Fernando Shina (4), explica que “quizás sea el único de verdadera importancia en los derechos del consumidor”.

Como consecuencia de ello, es que normativamente (5) tanto a través del art. 42 de la Constitución Nacional (CN), del art. 4 de la

Ley de Defensa al Consumidor (LDC) y del art. 1100 del Cód. Civ. y Com. (6), se ha resaltado la importancia fundamental del cumplimiento del *deber de información* (7).

### III. El Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor

Según recién hemos señalado, el *deber de información*, entre distintas leyes, ha sido regulado ora en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 4), ora en el Código Civil y Comercial (art. 1100).

Cierta doctrina critica el Código Civil y Comercial, ya que sostienen que existe una *discordancia* en la redacción de ambas normas.

Asimismo, también existen autores que critican la existencia de una *reiteración* de normas, dado que el *deber de información* ya estaba normado en la Ley de Defensa del Consumidor;

### IV. Discordancia entre el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor

Con relación a la *discordancia* de ambas normas legales respecto al *deber de información*, nosotros entendemos que no existe nin-

CONTINÚA EN PÁGINA 5

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN. Acerca del debate presidencial obligatorio

José M. Pérez Corti..... 1

### DOCTRINA. El deber de información, de consejo y de advertencia en materia de seguros

Waldo Sobrino..... 1

### BIBLIOGRAFÍA. Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral

Autor: Francisco J. Abajo Olivares. Comentario: María E. Bona..... 6

### NOTA A FALLO. La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil profesional

Edgardo I. Saux..... 6

### JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DEL PSICOANALISTA. Violación del deber de confidencialidad. Tratamiento conjunto a miembros de una misma familia. Grabación no consentida de las sesiones individuales. Reproducción posterior a otros integrantes de aquélla. Daño moral (CNCiv.)..... 6

DAÑOS DEL TRABAJADOR. Prestación de tareas sin silla ergométrica. Procedencia del daño moral. Arbitrariedad de la sentencia. Examen parcial del peritaje médico. Disidencia (CS).... 8

TUTELA. Derechos del menor. Convalidación de una situación de hecho. Niños entregados por su progenitora a su abuela. Padre privado de la libertad. Necesidad de otorgarles un marco definitivo (CNCiv.)..... 9

LÍMITE DE COBERTURA. INAPLICABILIDAD. Motocicleta embestida. Uso de casco protector. Efectos en la condena. Límite a la cobertura del seguro. Inoponibilidad de la franquicia. Buena fe profesional. Abogado que representa en una misma causa intereses contrapuestos. El contrato de seguro como contrato de consumo. Aplicabilidad de la doctrina plenaria. Aplicabilidad del Código Civil y Comercial (CNCiv.)..... 9

MEDIO AMBIENTE. Posible comisión de un hecho delictivo derivado de la salida de efluentes industriales hacia un canal colindante a la Ruta Nacional Nº 9. Interpretación del art. 26 de la ley 24.946. Facultad del Fiscal General de realizar investigaciones preliminares. Prevención o información policial. Desecho de efluentes observado a simple vista y en una zona de acceso público. Revocación de la sentencia que había declarado la nulidad de las actuaciones (CFCasación Penal)..... 10



# El deber de información, de consejo y de advertencia en materia de seguros

VIENE DE TAPA

gún problema, sino que —al contrario— el Código Civil y Comercial mejora aún más el *deber de información*.

Según hemos expuesto en nuestra reciente obra “Seguros y el Código Civil y Comercial” (8), entendemos que se ha producido una *verdadera revolución legal*, dado que se ha cambiado gran parte de los paradigmas tradicionales.

Y uno de los trascendentales cambios legales es que *el Código Civil y Comercial tiene una jerarquía normativa fundamental*, dado que se constituye en un “piso mínimo” (9) básico e inderogable para la protección de los más vulnerables.

Ello implica que el Código es la base sustancial inmodificable para la protección de los más débiles, donde el *deber de información* es uno de sus ejes fundamentales.

De esta forma, recordamos que si bien el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. es semejante al art. 4 de la LDC, incorpora una cuestión de gran trascendencia en el *deber de información*, cuando hace referencia a toda “circunstancia relevante” (10).

Justamente, aquí se va a aplicar con toda precisión el *nuevo esquema legal* que proponemos, dado que al figurar el tema de las *circunstancias relevantes* en el Código Civil y Comercial (y no encontrarse dicha terminología en el Ley de Defensa del Consumidor), es que lo que algunos autores denominan *discordancia* brindándole una mirada crítica. Nosotros lo llamamos *mejoras* claramente aplicables.

De esta forma dichas *diferencias* no son disvaliosas, sino que por el contrario, son bienvenidas y positivas, dado que protegen aún más a los más desvalidos (v.gr. adherentes y consumidores), ya que el proveedor o empresario, también tiene que cumplir en el *deber de información*, con la explicación de toda “circunstancia relevante”.

Y, no solo eso, sino que en nuestra interpretación de las novedosas disposiciones legales vigentes en el Código Civil y Comercial, entendemos que existe un *Nuevo Principio Legal*: “El Derecho No se presume conocido por los consumidores”.

Atento a las limitaciones del presente trabajo, no podemos desarrollar este tema, remitiéndonos a nuestra obra (Capítulo IV, “Los nuevos principios y el Código Civil y Comercial”, acápite IV.1 “Primer principio: El derecho no se presume conocido por los consumidores”) (11) donde señalamos que atento a que el derecho aplicable es una circunstancia relevante, es que dentro del deber de información del proveedor también se encuentra la información del Derecho.

## V. Reiteraciones entre el Código Civil y Comercial y la Ley de Defensa del Consumidor

Antes señalábamos que cierta doctrina crítica que en el Código Civil y Comercial se han regulado ciertos temas que ya estaban en la Ley de Defensa del Consumidor, como por ejemplo el concepto de *relación de consumo y consumidor* (art. 1092); *contrato de consumo* (art. 1093), *deber de información* (art. 1110), etcétera.

En cambio, en nuestra opinión, dicha reiteración no genera ningún problema legal, sino que es beneficiosa.

En efecto, continuando con lo antes expuesto respecto al concepto del piso mínimo del Código Civil y Comercial (12), es que todo lo que se reitera respecto a la Ley de Defensa del Consumidor, refuerza aún más la protección de los más débiles.

Por ello, es que le asiste la razón al distinguido profesor de Bahía Blanca, Hugo Acciari, cuando explica que “a veces, la redundancia es valiosa” (13).

Ello es así, dado que en ciertas cuestiones (como por ejemplo, el *deber de información*), existe una *doble vía de amparo* para los adherentes y consumidores (v.gr. el art. 4, LDC y el art. 1100 del Cód. Civ. y Com.), lo que implica una mayor protección normativa, dado que se produce dentro del *nuevo marco normativo*, lo que nosotros denominamos un “doble piso mínimo” (14).

## VI. El deber de información

Es tan grande la trascendencia del *deber de información*, que se encuentra íntimamente vinculado con otras cuestiones medulares de la nueva normativa vigente del Código Civil y Comercial, como son el *deber de prevención* y el *deber de precaución*.

Atento a que dicho análisis excede los límites del presente trabajo, es que ahora solamente señalaremos que uno de los cambios de paradigma de la legislación vigente, es que la única manera de “reparar” un daño, es que el daño no se produzca.

Como consecuencia de ello, es que dentro de *las cuatro funciones de la responsabilidad civil* (15), el *deber de prevención* y el *deber de precaución* tienen una posición destacada; y donde —además— el *deber de información* de-

viene fundamental, porque es otra manera de lograr la *evitación del daño*, en especial para el contratante neófito.

Volviendo específicamente a la importancia del *deber de información*, es que se puede recordar que la doctrina suele señalar que se trata de la “columna vertebral” para la protección de los consumidores (16).

Ello implica, como bien enseñan los maestros platenses Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz (17), que existe una situación de “presunción de ignorancia legítima” (18).

Tan ello es así, que como ya hemos señalado con anterioridad, el *deber de información* es una manda constitucional, anclada legalmente en el art. 42 de la CN (y ratificada en el art. 4 de la LDC).

Y todo ello ha sido potenciado y aumentado en forma sustancial a través del art. 1100 del Cód. Civ. y Com., dado que —por un lado— tiene pautas generales de gran amplitud, y —por otro lado— porque profundiza el *deber de información* cuando ordena a las empresas que deben informar “toda otra circunstancia relevante”.

Entre varias consecuencias, en nuestra opinión, el art. 1100 del Cód. Civ. y Com., va a resultar la plataforma legal para avanzar en tres cuestiones sustanciales:

(i) la existencia de un nuevo principio legal: “El derecho no se presume conocido por los consumidores”;

(ii) el *Deber de Consejo*;

(iii) el *Deber de Advertencia*.

Dadas las limitaciones del presente trabajo, es que solamente desarrollaremos brevemente los temas del *deber de consejo* y el *deber de advertencia* (remitiéndonos *brevitatis causa* con relación al principio “El derecho no se presume conocido por los consumidores” a lo que hemos escrito al respecto) (19).

Resaltamos que el art. 1100 del Cód. Civ. y Com. implica una profundización cualitativa y un aumento cuantitativo del deber de información, dado que se amplían sustancialmente las obligaciones que tienen las empresas (20), en especial, las compañías de seguros y los productores de seguros.

## VII. El test del deber de información legal

Desde el punto de vista teórico se ha escrito mucho con relación al *deber de información*, pero si somos realistas vamos a ver que en la práctica, se ha avanzado muy poco, encontrándonos casi en un círculo vicioso (donde se hacen declaraciones rimbombantes, pero que no se reflejan en los hechos del día a día).

Por ello, siguiendo las enseñanzas de Rudolph von Ihering, en “La lucha por el Derecho” (21), cuando con toda precisión enseñaba que “el Derecho es una idea práctica”, es que seguidamente, queremos hacer un pequeño aporte para el análisis del cumplimiento del *deber de información*, a través de lo que hemos denominado el “test del deber de información legal”.

Nuestro planteo es sencillo y práctico, en el sentido de que partimos de la base que las compañías de seguros y los productos de seguros tienen el *deber de informar* al asegurado de “toda circunstancia relevante”.

Como consecuencia de ello es que: la compañía de seguros sólo va poder utilizar durante la vigencia del contrato y en el proceso de liquidación del siniestro, únicamente aquella información “cierta”, “clara” y “detallada”, respecto a las características esenciales y toda otra “circunstancia relevante” del seguro que oportunamente le hubiera informado al adherente o consumidor.

Es decir: todo aquello que no fue informado por la compañía de seguros (y/o el productor de seguros) al asegurado en la etapa precontractual y en la póliza de seguro, es harto evidente que no sería una “característica esencial” ni una “circunstancia relevante” para la compañía de seguros, dado que en caso contrario, la habría incluido en su *deber de información*.

De manera tal, que por la sencilla y estricta aplicación del art. 1067 del Cód. Civ. y Comercial (“teoría de los actos propios y protección de la confianza”) (22), si la compañía de seguros entendió que dichas informaciones no eran esenciales ni relevantes, es una verdad de a puño que luego, al momento del siniestro, no van a poder hacer uso de cuestiones que en su momento no informaron (por no ser esenciales ni relevantes).

Es decir, la opción legal de hierro de los proveedores (como las compañías de seguros y proveedores de seguros), frente a los consumidores es: *Informa o claudica*.

## VIII. El deber de consejo

Dentro del *deber de información* de carácter general, se encuentra el *deber de consejo* (23) que es un análisis más particularizado para el consumidor puntual y concreto, respecto de si dicho producto o servicio va a *servir para cumplir con las expectativas razonables objetivas* que puede derivarse de dicha relación de consumo (24).

Sobre esta cuestión Ricardo Lorenzetti (25) enseña que el *deber de consejo* se diferencia con el *deber de información*, en el sentido que importa “un plus sobre la misma”, dado

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil, el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados internacionales)”, Capítulo IX.1) “El ‘Deber de información: y su relación con el ‘Deber de Prevención’, el ‘Deber de Precaución’, el ‘deber de consejo’ y el ‘deber de advertencia’”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, ps. 445 a 488.

(2) A guisa de comentario, señalamos que Franz Kafka era abogado especialista en seguros.

(3) CHAMATROPULOS, Alejandro, “Impacto del Código Civil y Comercial en la regulación del Deber de Información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales...)”, *Revista del Código Civil y Comercial*, 2016 (dic.), Ed. La Ley, ps. 18 y ss.

(4) SHINA, Fernando, “Daños al consumidor (soluciones jurisprudenciales a casos célebres)”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 9 y 10.

(5) DIEHL MORENO, Juan - BECCAR VARELA, María del Rocío, “Deber de Informar vs. Deber de Informarse”, LA LEY, 2016-F, 487.

(6) CROVI, Luis D., “El deber de información en los contratos”, LA LEY, 2016-F, 1051.

(7) STIGLITZ, Rubén, “El deber general de información contractual”, *Revista del Código Civil y Comercial*, 2016 (dic.), Ed. La Ley, p. 3 y ss.

(8) SOBRINO, Waldo, ob. cit.

(9) SOBRINO, Waldo, ob. cit., ps. 25 a 80.

(10) CHAMATROPULOS, Alejandro, ob. cit.

(11) SOBRINO, Waldo, ob. cit., ps. 223 a 233.

(12) SOBRINO, Waldo, ob. cit., ps. 25 a 80.

(13) ACCIARRI, Hugo, “La regulación de los contratos de consumo en el nuevo Código. Algunas notas para su análisis económico”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015 (sept.), p. 277 y ss., donde con mucha lucidez enseña que “cuando el objetivo es importante, la redundancia suele ser la regla: es preferible que los moto-

res de un barco o un avión excedan la necesidad estándar para el caso de que uno de ellos no funcione”; señalando luego que “la redundancia, en estas condiciones, tendería a la eficiencia local”, manifestando —como corolario de ello— que “sería una virtud y no un defecto de técnica legislativa”.

(14) SOBRINO, Waldo, ob. cit., ps. 81 a 118.

(15) SOBRINO, Waldo, ob. cit., ps. 157 a 183.

(16) WAJNTRAUB, Javier, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. VI, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, art. 1100, p. 254.

(17) STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad civil por incumplimiento del deber precontractual de Información”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), *Derecho de daños*, Segunda Parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996, p. 562.

(18) STIGLITZ, Rubén, ob. cit.

(19) SOBRINO, Waldo, ob. cit., ps. 223 a 232.

(20) FERRARI, Matías, en GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Código Civil y Comercial*, t. III, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2014, art. 1100, p. 777.

(21) VON IHERING, Rudolph, “La Lucha por el Derecho”, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 59.

(22) SOBRINO, Waldo, “Consumidores de seguros”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 211 a 217.

(23) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 445 a 488.

(24) TRAVERSO, Amadeo, “El impacto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre el contrato de seguro”, *Newsletter Estudio Jurídico Espósito y Traverso Abogados*, nro. 41, septiembre de 2015, donde citando a Alfredo Kraut expone que “la obligación de informar implica, en el área de lo privado, según sean los supuestos, el deber de transmitir noticias, advertir y aconsejar”.

(25) LORENZETTI, Ricardo, “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 180.

que se le debe agregar una “opinión motivada”.

Existe una especie de relación de género a especie, donde el *deber de información* debe brindar pautas para tratar de disminuir la asimetría de conocimiento en la que se encuentra el consumidor, para que tome una decisión; en cambio, el *deber de consejo* implica orientar al consumidor para un sentido específico, al realizar la contratación del servicio (26).

En el ámbito de los seguros el *deber de consejo* (27) tiene una importancia fundamental, que entendemos que no ha sido lo suficientemente tenida en cuenta, cuando se estudia las responsabilidades legales frente a los consumidores de seguro (28).

Deviene fundamental recordar que el art. 10 de la ley 22.400, que regula la actividad de los productores asesores de seguros, entre otras cuestiones, establece la siguiente obligación:

Art. 10, inc. c): “asesorar al asegurado a los fines de la más adecuada cobertura”.

Reiteramos que la propia normativa mencionada, surge claramente el *deber de consejo* (que excede largamente al *deber de información*), dado que en forma particularizada, le pone como *obligación* al productor asesor de seguros que debe asesorar al asegurado con la finalidad de lograr la más adecuada cobertura (ley 22.400, art. 10, inc. c)).

O, como con la profundidad habitual enseña Rubén Stiglitz, la obligación del *deber de consejo* es “más pesada que la simple obligación de información” (29).

Tan clara y evidente es la cuestión que el *Chartered Insurance Institute* afirma: “los agentes de seguros tienen el *deber* ante sus clientes de aconsejarles sobre los seguros que deben contratar, y cualquier perjuicio en el incumplimiento de este deber puede originarles una responsabilidad” (30).

Asimismo, también se debe resaltar que dicho *deber de consejo* se debe cumplir en distintas etapas de la relación contractual; es decir:

- antes de la contratación de la contratación del seguro, para que —por ejemplo— el futuro asegurado no incurra en reticencia (art. 5 de la ley 17.418) o para que no exista infraseguro o prorrata (31), o explicar claramente las exclusiones de cobertura (32); etc.

- durante la vigencia de la póliza de seguros, para que el asegurado conozca las pautas respecto cuando debe declarar la agravación del riesgo, o asesorarlo con relación

a las cargas vinculadas con las caducidades legales o las caducidades convencionales (33), etc.

- en el siniestro para el cumplimiento de la denuncia en tiempo propio, o para acompañar la documentación o información que le requiere el liquidador del siniestro (34), etc.

#### IX. El deber de advertencia

Profundizando aún más el *deber de información* y el *deber de consejo*, es que tenemos el deber de advertencia (35), que se refiere a los riesgos y los perjuicios de índole económica que se le pueden generar a los asegurados.

Así, merced al deber de advertencia (36), se tiene que explicar y alertar específicamente de los eventuales perjuicios que puede llegar a sufrir el consumidor en general y el consumidor de seguros (37) en particular.

Es que como bien enseña Marcelo Quaglia (38) existe una clara y estrecha relación entre el *deber de advertencia* y la obligación de seguridad.

Tan ello es así, que en nuestra perspectiva, el *deber de advertencia* (39) y la obligación de seguridad (40) son las dos caras de la misma moneda, dado que ambos tienen la misma finalidad.

En la temática de los seguros, resulta provechoso recordar que el art. 10, inc. d) de la ley 22.400 le ordena al *productor de seguros* a “verificar que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado ha decidido cubrir el riesgo”.

Así el *deber de advertencia* (41) significa que se le deben explicar específicamente los riesgos y asesorar sobre los daños económicos que puede sufrir el asegurado si la póliza no contiene “las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado ha decidido cubrir el riesgo”, que son las circunstancias que el productor de seguros tiene la obligación de “verificar”, según ordena el art. 10, inc. d) de la ley 22.400.

Uno de los ejemplos puntuales y específicos del *deber de advertencia* es la aplicación del ilegal y arbitrario art. 12 de la Ley de Seguros, que determina que la compañía de seguros puede modificar de manera unilateral todo lo oportunamente convenido con el asegurado (42).

Aquí toma un papel fundamental el *deber de advertencia* del productor de seguros, pues es su obligación la de advertir que la póliza sea emitida de acuerdo a “las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado ha

decidido cubrir el riesgo” (art. 10, inc. d], de la ley 22.400).

Por ello, en el caso de que el productor de seguros y/o la compañía de seguros no cumplan con el *deber de advertencia* con el asegurado, resaltando que la aseguradora de manera unilateral modificó las pautas de la póliza de seguros, es que ambos van a ser responsables legales (v.gr. productor de seguros y compañía de seguros), en el caso de que se produjera un siniestro y el mismo no se abonara como consecuencia de dichos cambios de la aseguradora que *no fueron advertidos* por el productor de seguros o la compañía de seguros.

Otro ejemplo del *deber de advertencia* consiste en alertar al asegurado en los casos en que se aplique prorrata, donde la compañía de seguros y/o el productor de seguros debe llamar la atención al asegurado sobre dichas circunstancias, bajo apercibimiento —por ejemplo— que no se aplique la prorrata y se tome el seguro como a primer riesgo absoluto.

Imaginamos que nuestra postura puede sorprender a muchos, pero entendemos que lo que proponemos se encuentra en concordancia con la normativa vigente. Nos remitimos a nuestra obra “Seguros y el Código Civil y Comercial”, donde desarrollamos dicha temática con mucha mayor extensión (43).

#### X. Prácticas abusivas y deber de advertencia

Un caso específico de prácticas abusivas (44) y el *deber de advertencia* desarrollado por la doctrina y jurisprudencia de Estados Unidos (45), se refiere a las situaciones donde el reclamo de un tercero puede llegar a exceder la suma asegurada, ya sea por el monto reclamado o —agregamos nosotros— por la depreciación monetaria que el mero transcurso del tiempo, que va envileciendo la cobertura del seguro para pagar el siniestro.

Así, en el derecho anglosajón se hace referencia a *Insurance Company's duty to settle*, es decir a la obligación de la compañía de seguros de llegar a un acuerdo transaccional, tratando de beneficiar los intereses de su propio asegurado (46).

En la triste experiencia de nuestro país, por analogía se pueden aplicar dichas pautas, cuando la compañía de seguros viola el *deber de advertencia* (y de llegar a un acuerdo transaccional frente al reclamante) perjudicando a su propio asegurado, cuando la suma asegurada al principio del juicio era suficiente para pagar la indemnización reclamada.

Pero que con el paso del tiempo y por la depreciación monetaria, convierte a dicha

suma asegurada en insuficiente, de manera tal, que el exceso del reclamo tiene que ser pagado por el propio asegurado.

Sin bien excede los límites del presente trabajo, es que solamente queremos señalar que hemos desarrollado (47) la teoría de la desindexación retroactiva, como asimismo las “Prácticas abusivas de las compañías de seguros: incumplimiento de la obligación de llegar a un acuerdo con el tercero reclamante (en perjuicio del asegurado)” e, incluso, también avanzamos con el tema de la “Indexación de la suma asegurada” (48), como bien enseñaba Isaac Halperín (49).

En el caso de la teoría de la desindexación retroactiva (50), donde la suma asegurada era suficiente para pagar el reclamo al inicio del juicio (51), pero que luego por la depreciación monetaria se torna insuficiente, es que proponemos que al momento del dictado de la sentencia, merced a una especie de desindexación retroactiva, se consideren los montos de sentencia a los valores de la época del reclamo (para vincularla con la suma asegurada original), sin perjuicio de que luego se le aplique la indexación e intereses pertinentes.

También corresponde analizar el tema que hemos denominado: “Prácticas abusivas de las compañías de seguros: incumplimiento de la obligación de llegar a un acuerdo con el tercero reclamante (en perjuicio del asegurado)” (52).

En una situación análoga al caso anterior, se puede dar el caso habitual que durante el proceso judicial, los montos reclamados se van incrementando por la sola depreciación monetaria, pero que la *suma asegurada* queda inmodificable con un valor que se va envileciendo con el transcurso del tiempo.

Deviene oportuno recordar que la Corte de Apelaciones de Nueva York, en los autos caratulados “Ansonia Associates Limited v. Public Service Mutual Insurance Company” (53), determinó la responsabilidad legal de la compañía de seguros, estableciendo que actuó de mala fe, por no haber llegado a un acuerdo transaccional durante el proceso judicial.

En ese mismo sentido la jurisprudencia de Estados Unidos, determinó en el caso “Jones v. Continental Insurance Company” (54), que la compañía de seguros está contractualmente obligada a poner los intereses del asegurado en forma previa al propio.

También se debe recordar lo resuelto por la Corte Suprema de New Jersey, en el caso “Lieberman”, donde se sentenció que el inte-

● CONTINÚA EN PÁGINA 4

#### { NOTAS }

(26) CHAMATROPULOS, Alejandro, ob. cit.

(27) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 445 a 488.

(28) GAMEN, Sebastián A., “El deber de consejo en los contratos de seguros”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nro. I, 2013, p. 281.

(29) STIGLITZ, Rubén, “Derecho de seguros”, t. I, 5ª edic. actualiz. y amp., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 401.

(30) CHARTERED INSURANCE INSTITUTE, “Seguro de responsabilidad civil”, trad. Manuel Vivas Díaz-Berrio, Editorial Mapfre, Madrid, 1982, p. 46.

(31) SOBRINO, Waldo, “Prorrata: ¿la palabra maldita...? (un nuevo enfoque a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional)”, ponencia presentada en el Congreso de Seguros, Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) Rama Argentina, Carlos Paz, 28 al 30/5/2014.

(32) DONNELLY, Thomas - BROWN, Craig, “Insurance Contract Interpretation”, Ed. Carswell - Thomson Reuters, Canada, 2014, p. 25, donde se señala que “while many exclusions are labeled as such and are easy to identify, others may be hidden in parts of the insurance policy that are not obvious to the reader...”.

(33) SOBRINO, Waldo, “Exclusiones vs. Caducidades: las (pseudo) Exclusiones de cobertura y las Caducidades del seguro (una sutil manera de restringir el poder de los jueces, a través de una ilegal estrategia burocrática)”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, del mes de Febrero de 2013.

(34) SOBRINO, Waldo, “El proceso de liquidación de siniestros de seguros y ‘El Proceso’ de Franz Kafka: ¿dos almas gemelas?”, LA LEY, 2009-F, 886.

(35) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 445 a 488.

(36) CHAMATROPULOS, Alejandro, ob. cit.

(37) JARAMILLO, Carlos I., “Derecho de Seguros”, t. II, 2ª edic., Ed. Temis, Bogotá, 2012, ps. 567 a 585.

(38) QUAGLIA, Marcelo, “El deber de información en el marco de las relaciones de consumo”, RDCO 272-561, p. 7.

(39) TÉVEZ, Alejandra, “El ‘deber de advertencia’ en las relaciones de consumo”, LA LEY, 2015-C, 655.

(40) BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., “La obligación de seguridad. Su vigencia y trascendencia en el

Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, marzo de 2016, p. 5.

(41) ZENTNER, Diego, “Contrato de consumo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 100.

(42) SOBRINO, Waldo - GAVA, Adriel - TORTORELLI, Mercedes (dirs.), “Ley de Seguros Comentada”, art. 12 “Diferencias entre Propuestas y Pólizas”, en www.laleyonline.com.ar.

(43) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 557 a 572. En especial, el capítulo: “Prorrata: ¿la palabra maldita...? El incumplimiento del deber de información y las consecuencias legales a favor del asegurado”.

(44) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 628 a 639.

(45) Ver: Corte Sup. California, en “Crisci vs. Security Insurance Company”, 66 Cal. 2d 425, 426 P. 2d 173, 58 Cal. Rptr 13 (1967).

(46) ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, Lorelie, “Insurance Coverage Litigation”, Wolters Kluwer Law and Business, 2nd edition, New York, 2015, p. 3-146.1.

(47) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit.

(48) SACRISTÁN, Estela, “El nuevo Código Civil y Comercial y la realidad: ¿nominalismo o valorismo?”, El-Dial.com - DCIFBI, 27/8/2015.

(49) HALPERÍN, Isaac, “Lecciones de seguros”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 92, donde enseñaba que cuando enseñaba que “el asegurador también debe pagar intereses y el incremento de la indemnización por desvalorización monetaria (porque él retuvo hasta el momento el capital que debía desde el hecho dañoso)”.

(50) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 615 a 619.

(51) HORKOVICH, Robert - PIAZZA, Anna, “Your Insurance Company's duty to Settle”, Anderson Kill Policyholder Advisor, enero / febrero de 2016.

(52) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 628 a 639.

(53) New York Court of Appeal, 693 N.Y.S.2d. 386, 389 (1998).

(54) United States District Court for the Southern District of Florida 670 F. Supp. 937 (S.D. Fla. 1987), donde se determina que “the insurance company is contractually obligated to place the insured’s interests before its own...”.

## ● VIENE DE PÁGINA 3

rés del asegurado debe considerarse en primer lugar (55).

Incluso, para un correcto y amplio análisis de la temática *sub examine*, en el sentido de la preeminencia que la jurisprudencia de Estados Unidos le otorga a los intereses del asegurado por sobre los de la compañía de seguros, es que se ha avanzado en tal senda, señalando que no solamente la aseguradora debe responder a las propuestas del actor, sino que tienen que tener una *conducta proactiva*.

Siguiendo estas pautas de análisis se puede recordar el caso “Wolverton v. Bullock” (56), donde los autores Anderson, Stanzler y Masters (57) señalaban que la compañía de seguros debe tomar una acción positiva y proactiva (*affirmative action*) en interés de su asegurado para intentar realizar un acuerdo transaccional.

Asimismo, también deviene pertinente recordar a la Suprema Corte de Michigan, que en el caso “Commercial Union Insurance Company Liberty Mutual Insurance Company” (58) determinó que la falta de solicitud de una oferta de acuerdo o iniciar las negociaciones para el acuerdo puede constituir mala fe.

De esta forma, se consolida la postura que venimos exponiendo que la aseguradora debe iniciar las negociaciones para intentar llegar a un acuerdo y que, en el caso de que no lo haga, ello demuestra su mala fe y actuar doloso.

Ello es así, dado que quedaría demostrada la “manifiesta indiferencia” de la aseguradora por los intereses de los asegurados y las víctimas, de acuerdo con las expresas mandas del art. 1724 del Cód. Civ. y Com.

Todas estas pautas jurisprudenciales y doctrinarias avalan las cuestiones que venimos sosteniendo, respecto a la responsabilidad legal que tienen las compañías de seguros, de manera tal que estarán obligadas a pagar en exceso de la suma asegurada, cuando hubiera actuado con prácticas abusivas (*unfair claims practice*) (59).

Por lo expuesto, es que se puede generar la responsabilidad legal de la compañía de seguros, por distintas circunstancias.

Por un lado, por no haber llegado a un rápido acuerdo transaccional, de manera tal que beneficie a su propio asegurado, dado que posiblemente con una inmediata conciliación con el reclamante la suma asegurada podría haber sido suficiente.

Y, el otro caso complementario de responsabilidad de la compañía de seguros, es por

el actuar el propio abogado de la compañía de seguros que no cumplió con el *deber de advertencia*, que analizaremos a continuación.

#### XI. Los abogados de las compañías de seguros y la violación del deber de advertencia

Existe un caso particular, que no hemos visto muy desarrollado por la doctrina, referido a la *responsabilidad legal* de la compañía de seguros, por el accionar del abogado designado para asesorar y patrocinar al asegurado en un juicio de responsabilidad civil, que no cumple con el *deber de advertencia* (situación que muchas veces se encuentra en la frontera con la existencia de contraposición de intereses) (60).

En efecto, en los casos de largos procesos judiciales, donde la suma asegurada va disminuyendo dado que se deprecia por la inflación, por el mero transcurso del tiempo, resulta claro que tiene que existir un *deber de advertencia* del abogado frente a su cliente, en el sentido de alertar al asegurado que resulta imprescindible llegar a un rápido acuerdo con el reclamante, dado que la suma asegurada se envilece día a día.

Incluso, hasta es posible que el abogado alerte al asegurado y le reclame a su propia compañía de seguros para llegar a una rápida transacción, pero que la misma aseguradora no le brinde instrucciones al respecto.

En todos estos casos por el incumplimiento del *deber de advertencia* de la compañía de seguros frente a su propio asegurado, en forma directa, o de manera indirecta, a través del accionar de sus abogados (art. 1753 del Cód. Civ. y Com.), es que se debe sancionar a la aseguradora, determinando que no es aplicable el límite de la suma asegurada por la violación del deber de buena fe (61) y —en especial— por la aplicación del *deber de advertencia*.

#### XII. Las obligaciones legales de las compañías de seguros y los productores de seguros

Complementando todo lo antes expuesto, es que corresponde resaltar que el *deber de información* (como, obviamente, el *deber de consejo* y el *deber de advertencia*), no solo debe ser cumplido por el productor de seguros, sino también —y de manera fundamental— por la compañía de seguros, de acuerdo con las mandas del art. 40 de la LDC y el art. 1100 del Cód. Civ. y Com.

Con relación a los productores de seguros, resulta claro que las obligaciones del *deber de información*, *deber de consejo* y *deber de advertencia* derivan en forma genérica tanto de la CN (art. 42), el Cód. Civ. y Com. (art. 1100), la LDC (art. 40), como —asimismo— también surge en forma específica de acuerdo con lo ordenado por la ley 22.400 (art. 10 y complementarios).

Respecto a las *compañías de seguros* (y las *reaseguradoras nacionales* y/o *retrocesionarias internacionales*), obvio es señalar que también se encuentran obligadas a la normativa legal vigente (incluso, en forma especial y particularizada —art. 1725 del Cód. Civ. y Com.—) (62), tanto por su propio accionar, como así también por las conductas de los productores asesores de seguros y las eventuales responsabilidades de los abogados designados en los procesos legales para llevar las causas judiciales de sus propios asegurados.

De manera tal que las compañías de seguros también deben cumplir con el *deber de información*, *deber de consejo* y *deber de advertencia*, según las pautas de la Carta Magna (art. 42), el Código Civil y Comercial (art. 1100) y el art. 40 de la LDC (63).

Ello implica que el cumplimiento ora de los productores de seguros (y *brokers* de seguros) y de las compañías de seguros, las reaseguradoras nacionales y las retrocesionarias internacionales (y de los abogados designados para la dirección del proceso), frente al asegurado son obligaciones concurrentes, de forma tal, que todos y cada uno de ellos tienen que cumplir con el *deber de información* (y el *deber de consejo* y el *deber de advertencia*).

Para finalizar corresponde resaltar que el incumplimiento del *deber de información* por parte del productor de seguros, no exime de responsabilidad a las compañías de seguros (y/o reaseguradoras y/o retrocesionarias).

Al contrario, por un lado, si el productor de seguros no cumple con dichas obligaciones, las aseguradoras quedan doblemente obligadas, dado que la propia compañía de seguros (reaseguradoras y retrocesionarias), tienen obligación directa de cumplir con dichos deberes (64).

Y, por otro lado, las compañías de seguros también son responsables, tanto por la aplicación del art. 40 de la LDC, como —asimismo— en el caso de asegurados no consumidores, por lo normado por el art. 1753 y concs. del Cód. Civ. y Com. (quedando en cabeza de los obligados, la acreditación de haber cumplido con dicho deber) (65).

#### XIII. Incumplimientos y sanciones

En primer lugar, queremos señalar que el incumplimiento del *deber de información*, *deber de consejo* y *deber de advertencia*, puede producir la nulidad del contrato y/o de algunas de sus cláusulas y/o generar las responsabilidades legales pertinentes, de acuerdo con lo que más convenga a los intereses del adherente o consumidor, según las pautas de los arts. 1094, 1095 y concs. del Cód. Civ. y Com. y la Ley de Defensa del Consumidor.

Asimismo, el incumplimiento del *deber de información*; *deber de consejo* y *deber de advertencia*, en nuestra opinión, se encuentra tipificado en el art. 271 del Cód. Civ. y Com., referido a la “acción y omisión dolosa” y el art. 1724, dado que resulta obvio que han actuado “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Al respecto, resulta muy oportuno recordar lo explicado por Marcelo Quaglia, al señalar que de acuerdo con lo expresamente normado por el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor y el art. 271 del Cód. Civ. y Com., es que con la violación del deber de información “se entiende configurada la acción u omisión dolosa” (art. 271), que determina una presunción *iuris et de iure* de la nulidad de la cláusula pertinente (66).

#### XIV. Aplicación de daños punitivos

Teniendo a la vista lo explicado en los párrafos anteriores, respecto a las *sanciones* que se pueden aplicar a los proveedores (v.gr. compañías de seguros; etc.), hay que señalar que válidamente puede corresponder sancionarlos con daños punitivos (67).

Al respecto, resulta muy instructiva la sentencia “Dottavio Luis A. c. Caja de Seguros s/sumarísimo”, del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 18, a cargo de la Dra. Valeria Pérez Casado, dictado con fecha 23/9/2015, donde se condenó con daños punitivos a la compañía de seguros, por no cumplir con el *deber de información*.

Así, se establecía que la compañía de seguros “en forma consciente y sistematizada, omitió brindar a los consumidores la información respecto del seguro contratado, para luego valerse de esa ignorancia de los asegurados para limitar su responsabilidad”.

Luego se amplía, afirmando que el no cumplimiento del *deber de información* se trata de “un acto intencional, a sabiendas y con un propósito que resulta bastante claro: evitar abonar gran parte de los siniestro por desconocimiento de los asegurados de sus derechos y obligaciones”.

Por ello, además de la condena del reclamo principal, también se obligó a la compañía de seguros a pagar daños punitivos teniendo en cuenta “la posición en el mercado del infractor”, como así también la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción, su generalización, la reincidencia, etcétera.

En este tópico resulta muy enriquecedor recordar lo expuesto por el profesor Fernando Shina, cuando en forma específica realiza un análisis de “El deber de información según el análisis económico del derecho” (68).

#### { NOTAS }

(55) New Jersey Supreme Court, 84, N.J. st. 336, 419 A.2d. at 423 donde se sentenció que “the insured’s interests must necessarily come first...”.

(56) No. 97-4073-SAC, 2000 WL 1546525 (D. Kan. 2000).

(57) ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, ob. cit., donde comentando el caso “Wolverton vs. Bullock” se enseñaba que “the insurance company must take affirmative action on behalf of its policyholder to try to settle the claims”, ps. 11-60.

(58) Michigan Supreme Court, 426, Mich. 127, 393 N.W.2d. 161 (1986).

(59) HORKOVICH, Robert - PIAZZA, Anna, ob. cit., donde señalan que “when a insurance company brea-

ches its duty to settle, it can be held liable for the full verdict against the policyholder, including amounts in excess of the policy limits...”, agregando luego que “some jurisdictions also allow the recovery of punitive damages...”.

(60) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 549 a 556.

(61) SUMMERS, Ernest - GASTELUM, Douglas; “What constitutes ‘Bad Faith’?”, in *50 Insurances cases every self-respecting Attorney of Risk Professional should know (an analysis of the top 50 Property-Casualty coverage cases and their implications)*, donde afirman que “the *sine qua non* of good faith is that an insurer must give at least as much consideration to the policyholder’s interest as it gives to its own interest”, www.irmi.com, 2012.

(62) TRAVERSO, Amadeo, ob. cit., donde expresa que “debemos recordar que un Asegurador es un empresario especializado, profesional en su actividad, razón por la cual su comportamiento será juzgado con la severidad establecida por el art. 1725 CCyC”.

(63) STIGLITZ, Rubén, “Temas relativos al contrato de seguros”, LA LEY, 29/8/2011, 4.

(64) SAMMARTINO, Mario - SCHIAVO, Carlos Alberto, “Seguros”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 594, donde enseñan que “cabe reafirmar aquellos principios iteradas veces expuestos por la jurisprudencia al respecto y referidos a los beneficios que la actividad del productor asesor reporta para el asegurador, las apariencias de representación con las cuales inviste

la empresa aseguradora a sus productores asesores y las consecuencias de que ello derivarán para el asegurador”.

(65) LOVECE, Graciela, “El derecho a la información. El Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Defensa del Consumidor”, en GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia (dirs.), *Consumidores y usuarios: cómo defender sus derechos*, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2015, p. 246.

(66) QUAGLIA, Marcelo, ob. cit., p. 9.

(67) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 1461 a 1502.

(68) SHINA, Fernando, ob. cit., ps. 26.

Justamente, los daños punitivos son el instrumento, para que teniendo a la vista el análisis económico del derecho, se trate que no siga siendo realidad lo que visionariamente nos alertaba Carlos Gherzi, respecto del “incumplimiento eficiente” de las empresas.

En esta senda, también corresponde recordar la sentencia “V., M. de los Ángeles c. San Cristóbal Seguros Generales s/daños y perjuicios”, dictado con fecha 9/12/2015, por la Sala 3ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, donde se condenó a la compañía de seguros al pago de *daños punitivos* por el “incumplimiento de la aseguradora en la obligación de informar en forma veraz y adecuada”, y por no realizar una “liquidación leal y rápida”.

Esto ha sido profundamente desarrollado por la doctrina (69) y jurisprudencia de Estados Unidos, donde se aplican los daños punitivos a las compañías de seguros que

no cumplen sus prestaciones, merced a lo que los autores denominan “*opportunistic breach*” (70).

Por ello, es que ante el incumplimiento del *deber de información*, *deber de consejo* y *deber de advertencia*, además de todas las otras consecuencias legales que corresponden, también se les pueden aplicar daños punitivos a las compañías de seguros (71).

**XV. Final**

Teniendo a la vista todo lo antes expuesto, es que podemos plantear las siguientes conclusiones:

- El *deber de información* es una de las obligaciones principales que tienen las empresas frente a los consumidores y los adherentes.

- Dentro del *deber de información* también se encuentran el *deber de consejo* y el *deber de advertencia* (72).

- El *deber de consejo* es un análisis más particularizado para el consumidor puntual y concreto, respecto si dicho producto o servicio va a servir para cumplir con las expectativas razonables objetivas que puede derivarse de dicha relación de consumo.

- El *deber de advertencia* que se refiere a los riesgos y los perjuicios de índole económica que se le pueden generar a los asegurados.

- Los obligados al cumplimiento del *deber de información* (incluyendo del *deber de consejo* y el *deber de advertencia*), son los productores de seguros (y/o *brokers* de seguros); las compañías de seguros, las reaseguradoras nacionales y las retrocesionarias internacionales.

- El incumplimiento del *deber de información* (incluyendo del *deber de consejo* y el *deber de advertencia*), por parte del productor de seguros (y/o *broker* de seguros), genera responsabilidad legal de las compañías de seguros, las reaseguradoras nacionales y las retrocesionarias internacionales (73).

- El no cumplimiento del *deber de información* (incluyendo del *deber de consejo* y el *deber de advertencia*), significa una omisión

dolosa las compañías de seguros, las reaseguradoras nacionales y las retrocesionarias internacionales.

- El incumplimiento del *deber de información* (incluyendo del *deber de consejo* y el *deber de advertencia*), también puede sancionarse con la aplicación de daños punitivos (74). ●

Cita online: AR/DOC/200/2017

**MÁS INFORMACIÓN**

**Stiglitz, Rubén S.**, “El deber general de información contractual”, RCyC 2016 (diciembre), 3.

**Chamatropulos, Demetrio Alejandro**, “Impacto del Código Civil y Comercial en la regulación del deber de información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales...)”, RCCyC 2016 (diciembre), 18.

**Diehl Moreno, Juan - Beccar Varela, María del Rocío**, “Deber de informar vs. deber de informarse”, LA LEY 2016-F, 487.

{ NOTAS }

(69) SHERNOFF, William M., “How to make Insurance Companies pay your claims (And what to do if they don’t)”, Hasting House Book Publishers, New York, 1990, p. 107.

(70) ANDERSON, Eugene - STANZLER, Jordan - MASTERS, ob. cit., p. 1-10.

(71) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 1461 a 1502.

(72) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 445 a 488.

(73) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 488 a 504.

(74) SOBRINO, Waldo, “Seguros...”, cit., ps. 1461 a 1502.

\_COLUMNA DE OPINIÓN

*Acerca del debate presidencial obligatorio*

● VIENE DE TAPA

preelectoral entre candidatos a Presidente de la Nación (art. 64 *quinquies*), debiendo ser ellos públicos y teniendo por finalidad la difusión de las respectivas plataformas electorales.

El carácter público está garantizado a través de su transmisión mediante señal televisiva y radiofónica por todos los medios pertenecientes a Radio y Televisión Argentina Sociedad del Estado (RTASE); previendo mecanismos de accesibilidad durante su transmisión, como así también la suspensión de toda publicidad electoral y de anuncios públicos de actos de gobierno (art. 64 *decies*).

La norma es clara en cuanto a que deberán llevarse a cabo dos instancias de debate (art. 64 *nonies*). Una en el interior del país, en una capital de provincia a determinar por el órgano de aplicación. La otra, ante el silencio del legislador, presumiblemente debiera concretarse en la Capital Federal (2). Nada dispone la norma en cuanto al lugar de realización en caso de *ballotage*.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sancionada el 24/4/2013; B.O.P.: 29/5/2013; http://www.saij.gov.ar/legislacion/ley-chaco-7217-obligatoriedad\_debates\_preelectorales\_publicos.htm?bsrc=ci

(2) No es una cuestión menor la omisión señalada, puesto que la Capital Federal puede ser objeto de traslados, y por lo tanto su determinación específica en la ci-

El momento en el que el debate debe llevarse a cabo corresponde a la denominada etapa pre electoral del proceso comicial, es decir con anterioridad al día de la elección, conforme surge de su inclusión en el Título III, correspondiente a los actos preelectorales. Además, así lo dispone específicamente la reforma *sub examine*, cuando señala que ambas instancias de debate tendrán lugar dentro de los veinte y hasta los siete días anteriores a la fecha de la elección; en tanto que en caso de proceder la segunda vuelta electoral, el debate adicional habrá de concretarse dentro de los diez días anteriores a la fecha de dicha elección (art. 64 *nonies*).

La Cámara Nacional Electoral será la autoridad de aplicación de esta parte del Código Electoral, para lo cual el legislador la faculta para reglamentar todos los aspectos complementarios inherentes a la realización de los debates (art. 64 *duodecies*). Por ello es su responsabilidad la convocatoria formal a quienes se encuentran legalmente obligados a participar, la cual debe concretarse dentro de los cinco días hábiles posteriores a su proclamación como candidatos surgidos de las PASO (art. 64 *septies*).

Cabe destacar que el legislador no ha introducido mayores previsiones en cuanto a si la negativa a participar en el debate presidencial importa la ausencia en todas las instancias que lo compongan, o si, por el contrario, los candidatos comprendidos legalmente po-

drán modificar su manifestación de voluntad originaria. En atención a la finalidad explícita que la norma persigue (cfr. art. 64 *quinquies*), y dado que el espacio físico a ocupar en el mismo se mantiene incólume por disposición de la misma ley (cfr. art. 64 *septies*), inclinarse por una interpretación favorable a aquella última posibilidad no estaría alejada del espíritu de la norma. Sin embargo, por cuestiones de organización y de previsibilidad, no sería conveniente que el candidato, una vez manifestada su negativa para una instancia específica de debate, pretendiera modificarla a los fines de sumarse al mismo. En el caso de no haber consentido su participación en una de dichas instancias, podrá *a posteriori* expresar en tiempo y forma su cambio de voluntad con respecto a la próxima instancia de debate presidencial.

También será la Cámara Nacional Electoral la que tendrá a su cargo consensuar con los participantes o con los representantes de las fuerzas políticas el reglamento aplicable al debate, como así también la determinación de los moderadores del mismo y del temario a abordar en cada uno de ellos. A tal fin, el citado organismo electoral deberá recurrir al asesoramiento de organizaciones del ámbito académico y de la sociedad civil que estén comprometidas con la promoción de valores democráticos (art. 64 *octies*).

**III. Candidatos comprendidos**

Los candidatos comprendidos son aquellos que han resultado ganadores de la respectiva postulación tras superar las primarias abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) dispuestas en la ya mencionada ley 26.571 (art. 45), con la exigencia extra de que además las respectivas agrupaciones que los postulan como tales, deberán también haber superado el piso mínimo de votos fijados en la citada norma, esto es considerando los votos obtenidos por todas sus listas internas, igual o

superior al uno y medio por ciento (1,5%) de los votos válidamente emitidos en el distrito de que se trate para la respectiva categoría (art. 64 *sexies*).

La reforma contiene una previsión llamativa, como es la contenida en el artículo 64 *undecies*, en el cual faculta a la Cámara Nacional Electoral a llevar adelante la organización de un debate entre candidatos al cargo de Vicepresidente de la Nación de las diversas fórmulas presidenciales. Aunque no aclara, entendemos que se refiere únicamente a las fórmulas presidenciales que cumplen con los requisitos y condiciones fijados para el debate presidencial. Y que el régimen aplicable al mismo deberá ser análogo al que el legislador ha reglamentado específicamente para el caso de los candidatos a Presidente de la Nación.

**IV. Incumplimiento y sanciones**

La obligatoriedad dispuesta por la norma respecto de la participación de los candidatos presidenciales por ella alcanzados, se encuentra reforzada por la previsión de sanciones en caso de incumplimiento, las cuales no han sido tipificadas por el legislador ni como faltas ni como delitos electorales.

Tales sanciones consisten en la privación de los espacios de publicidad audiovisual previstos en el Capítulo III *bis* del Título III de la ley 26.215, incorporado por el art. 57 de la ley 26.571. Además la norma contempla que tales espacios sean repartidos de manera equitativa (3) entre el resto de los candidatos participantes. Finalmente dispone que durante las instancias de debate en las que el o los candidatos incumplidores no participaren, tales espacios físicos quedaren vacíos junto al resto de los participantes. ●

Cita on line: AR/DOC/150/2017



## BIBLIOGRAFÍA



**Título:** Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral  
**Autor:** Francisco J. Abajo Olivares  
**Editorial:** Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016

La obra del Dr. Francisco J. Abajo Olivares, puede calificarse, en un primer análisis, como una obra doble.

En los capítulos II a X, se hace un profundo estudio del *mobbing*, diferenciándolo, por ejemplo, del *stress* laboral. Analizando las diferentes conductas de esta patología, y las partes intervinientes, con referencia a varios autores de importancia, en forma didáctica y motivante.

Destaco el capítulo VII, con un claro matiz psicológico, que tipifica al acosador y analiza sus características; así, como el megaloma-

no, el que detenta un encanto perverso; el manipulador, con una exhaustiva caracterización de la personalidad psicopática, que es difícil de descubrir y muy fácil ser presa de sus manipulaciones.

También recomiendo los capítulos 7.2.1. a 7.2.4, donde se analizan personalidades y sobre todo el capítulo 7.1.2., referido al Síndrome de Mediocridad Inoperante Activa, con fundamento en la obra "Psiquis" del Dr. José Luis González de Rivera y Revuelta, explica que este síndrome, gradúa en tres niveles: a) Personalidades que no llaman la atención, que tratan de ser "invisibles"; b) Los que aspiran a hacerse ver, pero con incapacidad de detentar responsabilidades, que simulan saber; c) El malignamente peligroso, y el único que puede ser acosador, el Síndrome de Mediocridad Inoperante Activa, que es "una personalidad maligna, con tendencias invasivas y destructivas", común en los acosadores.

Este capítulo tiene directa relación con el capítulo VII, que se refiere a modelos de com-

portamiento. También se analizan los efectos del *mobbing*, que afectan la vida familiar, social, excediendo en mucho lo laboral y produciendo consecuencias disvaliosas para la empresa y para la sociedad, no sólo al afectado.

En el capítulo XI hay un tema de interés, poco tratado y es el *mobbing* vertical descendente, "una lenta y silenciosa alternativa del despido", como dice el autor, citando la definición de la Asociación Española contra el Acoso Psicológico del Trabajo, y yo agregaría que es una alternativa más perversa y dañosa que el simple despido. Recordemos que se analiza un fenómeno del mundo del trabajo, y el trabajo es una parte esencial de la vida del hombre, el cual se realiza y encuentra un sentido a su existencia, por el trabajo, que de manera alguna podemos calificar como sólo una forma de satisfacer necesidades de subsistencia. El *mobbing* puede destruir, para siempre el único capital que tiene el trabajador que es él mismo. Su implicancia no sólo es una forma de violencia sino que lesiona todos los derechos humanos de su víctima.

El capítulo XI, estudia el acoso en la Administración Pública y en la Administración de Justicia; hay un digesto de leyes provinciales, nacionales, convenios colectivos, unidos a una jurisprudencia variada y sumamente interesante. Debo confesar que la jurisprudencia respecto al *mobbing* en la justicia, quizá por mi condición de juez, me produjo un profundo impacto.

Hay una cuidada recopilación de leyes, artículos de doctrina, jurisprudencia argentina y extranjera, lo que constituye una inestimable base de datos para abogados, jueces, psicólogos, psiquiatras y todos los que se interesan por este apasionante tema.

María E. Bona

[Cita on line: AR/DOC/3911/2016]



## NOTA A FALLO

## Responsabilidad del psicoanalista

**Violación del deber de confidencialidad. Tratamiento conjunto a miembros de una misma familia. Grabación no consentida de las sesiones individuales. Reproducción posterior a otros integrantes de aquélla. Daño moral.**

**Hechos:** Se condenó a un psicoanalista a reparar el daño moral derivado de la vio-

lación del deber de confidencialidad en un tratamiento brindado a la accionante y a su grupo familiar. Apelado el decisorio, la Cámara disminuyó el monto de condena.

Un psicoanalista que hizo comentarios de la terapia realizada por la actora y su familia a otros pacientes debe responder por el daño moral derivado de su conducta, pues ello configuró el quebrantamiento de la confidencialidad y la ética que deben impregnar los actos de todo profesional, violando el art. 11 de la ley 17.132 y

art. 11, incs. 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

119.820 — CNCiv., sala J, 09/08/2016. - G. de P., C. M. c. A., J. s/daños y perjuicios.



## CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

## El hecho dañoso:

Violación del deber de confidencialidad de un psicoanalista

## Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial  
 Daño moral genérico: \$50.000.-

[Cita on line: AR/JUR/58308/2016]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 08/11/2016, p. 7, Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en *Proview*]

## La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil profesional

Edgardo I. Saux

Dentro del marco de un alongado proceso judicial —que llega a rondar los veinte años de vida— el Tribunal de Alzada interviniente en la causa se expide, confirmando básicamente el decisorio de primera instancia que fuera recurrido por ambas partes, disponiendo una reducción parcial (de \$ 70.000 a \$ 50.000), del único rubro de condena que estimara procedente (vinculado al resarcimiento del daño extrapatrimonial sufrido por la accionante), y confirmando por lo demás en un todo el decisorio *a quo*.

El contexto fáctico de la causa, en la cual el reclamo se canaliza por parte de una única accionante (esposa y madre de cuatro hijos) contra un único demandado (un profesional licenciado en Psicología) por los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales

que según la demanda se habrían producido no sólo a la reclamante sino a todo su contexto familiar, como consecuencia de un supuesto no sólo de mala praxis por parte del demandado en relación con el rol terapéutico para el cual fuera consultado, sino incluso de conductas reprochables y dañosas por él asumidas en relación con varios de los miembros de la familia —y, obviamente, con la reclamante—, y que además iban más allá de su pura función profesional; involucra profusa actividad probatoria, tanto pericial como documental y testimonial, la cual claramente se aprecia como debidamente valorada tanto en el fallo de primera instancia como en el de la Sala *ad quem*.

Sin adentrarnos en sus pormenores —ya que ello no hace nuclearmente a la faceta

del decisorio que apreciamos como merecedora de esta glosa—, viene a cuenta señalar que conforme a la propuesta del escrito introductorio de la instancia, el demandado asume, a pedido de la actora, un tratamiento psicológico con la mencionada, esencialmente vinculado a algunos conflictos intrafamiliares producidos entre ella, su esposo y padre de sus hijos, y entre éstos y aquéllos, del cual, y a propuesta del terapeuta, se derivó un tratamiento singularizado con cada uno de los miembros de la familia que involucró varios años, y que a estar por lo sostenido por la reclamante tuvo efectos singularmente perniciosos en ese contexto familiar. Se menciona que el profesional demandado asumió un rol impropio y determinante en decisiones familiares, generando un apartamiento progresivo y luego irreversible entre algunos de ellos (puntualmente, con el hijo mayor varón, quien se distanció de todos los demás y sólo mantiene contactos con su hermano menor también varón), incidiendo

en que cambiara de religión convirtiéndose al judaísmo y que se fuera a vivir a un departamento ubicado en el mismo edificio donde vivía y atendía el demandado. Señala que generó entre ella y sus hijas una brecha afectiva que incluso produjera su exclusión en el acto de graduación profesional de una de ellas, así como también con su marido, a quien indujo a abrir dos cuentas bancarias en el exterior a la orden recíproca con el demandado (y de las cuales este último extraía fondos), así como a abonar cuotas de un departamento que el terapeuta había adquirido a su nombre en la Ciudad de Buenos Aires, exigiéndoles elevados honorarios profesionales, y, fundamentalmente, violando el deber de secreto profesional y confidencialidad al mencionar (e incluso hacer escuchar, mediante grabaciones) expresiones vertidas por algunos miembros de la familia en las cuales se aludía a otros, actitud impropia que hasta también aplicó con terceros ajenos a la familia.

Con base en tales extremos, y a las consecuencias lesivas que de los mismos se derivaran a nivel personal y familiar, la accionante reclama daños patrimoniales y morales (en la terminología del Código Civil derogado, hoy sustituida con acierto por la de daños extrapatrimoniales), siendo desestimada tanto en primera como en segunda instancia la pretensión relacionada con los daños patrimoniales (en función de la prueba rendida por la parte demandada, cuya valoración no viene al caso en esta nota), y admitida la segunda, por un monto de \$ 70.000 (con más intereses al 8% anual por haberse calculado el monto indemnizatorio al tiempo de la sentencia, y de allí hasta su efectivo pago por la tasa activa, conforme la doctrina judicial plenaria derivada del caso “Samudio de Martínez”), que la Sala interviniente en el recurso de apelación ulterior, manteniendo el rechazo del reclamo de daño patrimonial, reduce a \$ 50.000, con similar asignación de intereses.

Hechas estas necesarias —para ubicar al lector en el contexto de los hechos juzgados— y menos que escuetas referencias fácticas, cabe entonces adunar alguna también breve digresión relacionada a lo que, en nuestra modesta opinión, configura un elemento original o al menos infrecuente dentro del profuso mundo de la jurisprudencia relacionada a la responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar.

Ante todo, y reiterando que coincidimos a título personal con el criterio que informa el decisorio comentado —que a su vez, como anticipáramos, básicamente confirma el fallo *a quo* con alguna reducción del monto resarcitorio del daño extrapatrimonial—, cabe simplemente referenciar que, con acierto, se ubica a la responsabilidad profesional proclamada dentro del marco contractual, y como obligación de medios y no de resultado (distinción que el Código Civil y Comercial consagra normativamente dentro del régimen de la responsabilidad civil como otra fuente de las obligaciones en los arts. 1722 y 1723, al diferenciar los factores de atribución en subjetivos y objetivos), vinculando al incumplimiento con la falta de diligencia y prudencia por parte del profesional en el desarrollo de su actividad propia y comprometida con el paciente, y reconociendo que la carga de la prueba de esa culpa profesional (calificada, conforme al art. 1725 del CCyC, como la vinculada a la confianza especial puesta por el paciente en el médico o profesional de la salud tratante y la “condición especial o facultad intelectual” de este último frente al primero) incumbe a quien demanda (conf. art. 1734, *ibídem*).

A partir de allí, la reclamante postula tres ítems resarcitorios: daño material o patrimonial (relacionado a los excesivos honorarios reclamados por el terapeuta, y a la incidencia que en el patrimonio de la accionante, como consecuencia de la ganancialidad de los bienes comprometidos, tuvieron los acuerdos celebrados entre el demandado y el esposo de la reclamante en orden a propiedades inmobiliarias y depósitos bancarios en el extranjero); y daño moral o extrapatrimonial, integrado a su vez por dos ítems: daño psicológico (sufrido por la propia actora como consecuencia de la larga saga de circunstancias relatadas en la demanda), y daño moral o extrapatrimonial vinculado a la incidencia emocional negativa producida, tanto en ella

misma como en su entorno familiar, como consecuencia de todo ello.

La Sala —como la sentencia *a qua*— desestima los dos primeros rubros. El daño patrimonial por la regulación que del régimen de la ganancialidad de los bienes en el matrimonio hacia el Código Civil derogado en sus arts. 1271, 1276 y 1316 bis (hoy proyectado, si se optare por el mismo, en los arts. 470 y 488 del CCyC); y el daño psicológico por cuanto se valora de modo relevante un estudio pericial psiquiátrico (relacionado a la propia actora) agregado a la causa a fojas 379 a 383 vta., conforme al cual la misma presenta un cuadro calificado como síndrome delirante de tipo paranoide a forma interpretativa o delirio interpretativo de reivindicación, que se desencadena sobre la base de una personalidad psicopática con rasgos paranoicos precisos, bien definidos y característicos, con un origen constitucional y un desarrollo endógeno.

Pero lo relevante, y lo que quizá justifica esta breve glosa, pasa por la admisión (bien que en una entidad patrimonial sustancialmente menor a la pretendida) del daño moral reclamado sobre la base de la comprobación de actitudes asumidas durante la terapia —no sólo personal respecto de la accionante, sino de todo su grupo familiar, con diversas proyecciones en cada uno de sus miembros— por parte del profesional demandado, singularmente relacionadas no a su aptitud técnica para el abordaje y tratamiento del cuadro generador de aquel alongado proceso psicoanalítico múltiple, sino puntualmente al apartamiento —comprobado, en especial con base en la prueba testimonial profusa que el fallo describe— de deberes de ética, con vulneración del deber de confidencialidad y el de abstinencia (inherente al primero), en la medida en que comprobadamente el accionado compartía, no sólo intrafamiliarmente sino incluso con terceros, comentarios y hasta grabaciones de las sesiones mantenidas con la actora y con miembros de su familia, aportando (él) comentarios sobre los mismos. Ello, conforme al fallo *ad quem*, vulnera lo dispuesto por el art. 11 de la ley nacional 17.132 que regula el ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración, en tanto dispone que todo lo que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamente en ella con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer salvo que otras leyes así lo determinen y sin perjuicio de lo prescripto en el Código Penal.

Menciona el fallo —y lo suscribimos— que hay un reconocimiento no sólo legal sino también convencional a la dignidad de la persona y la de su familia (en alusión a lo normado por el art. 11, incs. 1°, 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica), tema que, añadimos, el Código Civil y Comercial de modo expreso consagra dentro de la regulación de los derechos y actos personalísimos en sus arts. 51 y 52. Además, no puede dejar de tenerse en cuenta que la ley nacional 26.529 (con las modificaciones ulteriores de la ley 26.742), de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, en su art. 2°, incs. c) y d), impone al prestador del servicio de salud el deber de respeto a la dignidad, la intimidad y la confidencialidad de los datos sensibles relacionados al paciente bajo atención médica o tratamiento.

En tal sentido, coincidimos en que la afectación de la dignidad y de la intimidad no sólo de una persona sino también de su entorno familiar genera una legitimación activa que exorbita a la propia y personal (en el sentido de que aun cuando reclame el damnificado directo, también se puede admitir el resarcimiento de los daños comprobadamente causados a los otros legitimados indirectos integrantes de su familia), tal como la Corte Federal argentina lo hiciera a partir del *leading case* “Ponzetti de Balbín, I. c. Editorial Atlántida” del año 1984, Fallos: 306:21.892.

Así las cosas, entonces, aun con un soporte normativo expreso, es lo cierto —y lo singular del caso anotado— que el único rubro resarcitorio que la sentencia viabiliza se relaciona no ya con el incumplimiento de un deber profesional específico de aptitud, capacitación o experiencia en el quehacer específico que se requiere de ese profesional cuyos servicios fueran requeridos por la reclamante, sino con el de un deber ético o deontológico hacia su paciente, el cual, incumplido, también integra el amplio universo de la antijuridicidad.

Es sabido que la antijuridicidad, como elemento casi primario de la responsabilidad civil, claramente ha sido diseñada en el Código Civil y Comercial (en su art. 1717, que modifica copérnicamente el obsoleto texto del art. 1066 del Código de Vélez, que propiciaba un ya abandonado por la doctrina autoral y judicial, criterio de antijuridicidad formal o típica) más bien como aquella conducta dañosa —lo cual la califica por el resultado y no por la acción misma (1) — que carece de una causa de justificación (en los términos de la eximente específica que atañe a ese elemento de la responsabilidad, conforme a las previsiones de los arts. 1718 a 1720 del mismo Código Civil y Comercial en vigencia desde agosto de 2015).

Aun sin la intención de abundar ni siquiera mínimamente en el tema a nivel conceptual (labor impropia por lo demás a una anotación de un fallo), sí quizá podemos recordar palabras señeras de Jorge Mosset Iturraspe (2), según las cuales “...una acción es antijurídica no por contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve contraria a Derecho. Esta ‘materia’ no está fuera del Derecho, no es extranormativa, sino dentro del mismo, inspirado y fundando la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa. Son las prohibiciones que surgen por implicancia, desprendidas de los principios que sostienen el orden público —políticos, económicos y sociales— y la moral y las buenas costumbres”. De alguna manera —agregamos nosotros, suscribiendo obviamente tal punto de miras—, la antijuridicidad material que el Código Civil y Comercial diseña se integra también con el rico bagaje principialista, convencional y constitucional que los arts. 1° y 2° del mismo postulan como fuentes.

Lo cierto es, entonces, que en el caso cuya consideración ahora nos ocupa el débito resarcitorio que la Sala ratifica no se relaciona específicamente con el incumplimiento de la *lex artis* por parte del profesional demandado (3), sino con el de deberes colaterales pero igualmente relevantes que hacen al quehacer profesional más allá de su idoneidad técnica

en su especialidad, como son los de reserva, secreto profesional y abstención, íntimamente vinculados entre ellos.

El fallo tiene por comprobado, en base a prueba rendida, que el demandado no sólo comentaba aspectos o temas tratados con los miembros de la familia de la actora que él atendía individualmente (tanto entre ellos, es decir, les hacía saber a unos lo que profesionalmente compartía con otros), sino que incluso también lo hacía con terceros, y llegaba a hacer escuchar grabaciones de las sesiones a esas personas en clara vulneración de aquellos deberes deontológicos específicamente vigentes.

Como lo puntualiza Alfredo Kraut (4), el derecho a la confidencialidad (que el paciente tiene en relación con el profesional tratante) alude tanto al secreto profesional en el tratamiento como a la reserva de lo tratado dentro de las eventuales actuaciones judiciales que se vinculen con el caso, y esa reserva y confidencialidad en la relación terapéutica son derechos del paciente que se mantienen incluso después del alta o la externación (si hubiera estado internado). “...La reserva protege la confidencialidad y la intimidad, e inspira la necesaria confianza en el tratamiento. De allí que no sea lícito revelar información comprometida sin el previo consentimiento por escrito de la persona involucrada, y que sea necesario —cuando la ley exige revelar esa información— comunicarlo al paciente. Asimismo, el profesional tiene que decidir qué información sobre un paciente debe registrarse en su expediente, y cual no” (5). Todo ello, al decir de Alberto Bueres (6), ubica al deber de secreto profesional dentro del más amplio campo del “deber de humanismo médico”.

En similares términos de pronuncian Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas (7), quienes aluden que el respeto a la intimidad y a la privacidad que deben tener quienes colaboran con el servicio de salud en relación con las personas que reciben ese servicio se relaciona con “la cuestión de la confidencialidad”, del “secreto” acerca de los padecimientos, de su evolución y de sus consecuencias, y con la lógica tutela legal que ellos reciben en orden a una indebida propalación, la cual —agregamos—, en el caso juzgado que comentamos, se potencia singularmente en la medida en que la desatención de esos deberes se produce incluso intrafamiliarmente, generando resultados singularmente disvaliosos para el marco de las relaciones personales y afectivas que razonablemente se generan y mantienen entre los miembros de esa familia.

Esta obligación de confidencialidad, al decir de Philippe Le Tourneau (8), constituye de alguna manera “el reverso de la obligación de información” también debida al paciente. “Confidente necesario del secreto, la lealtad le exige conservarlo”, y el profesional, al develar lo que estaba destinado a permanecer oculto, “comete una culpa cuasidelictual o delictual”, tema que incluso, bien que no a nivel de responsabilidad médica sino contractual en términos generales, aparece plasmada en el art. 2.16 de los principios de

CONTINÚA EN PÁGINA 8

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Vide al respecto de la antijuridicidad de la conducta y del resultado, el interesante trabajo de PRIETO MOLINERO, Ramiro, “La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil”, LA LEY, 2016-E, 1049, cita on line AR/DOC/2876/2016.

(2) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El ‘abuso’ en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolia, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el derecho ambiental”, en *Revista de Derecho Privado y Co-*

*munitario*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. 16, “Abuso del Derecho”, p. 153.

(3) LÓPEZ MESA, Marcelo, “La apreciación de la conducta de los profesionales según su capacidad y circunstancias y la *lex artis*”, LA LEY, 2016-D, 1147, cita on line AR/DOC/1138/2016, señala que ella “...constituye una suerte de protocolo o bitácora de lo que un galeno consciente, atento, actualizado, debería hacer en el caso concreto...”, adicionando que sus requisitos integrativos son la idoneidad profesional, el estudio y el análisis previo del

caso, y el empleo de técnicas o medios aceptados como válidos y convenientes para el cuadro de salud del paciente.

(4) KRAUT, Alfredo, J., “Derechos específicos de las personas con trastornos mentales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. 2010-3, “Derechos de los pacientes”, ps. 193 y 199.

(5) Similares consideraciones formula KRAUT, Alfredo, J., en su obra “Responsabilidad profesional de los psiquiatras”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 148.

(6) BUERES, Alberto, “Responsabilidad civil de los médicos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 3° ed., p. 574.

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel, “Derechos del paciente - Doctrina y Jurisprudencia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 36.

(8) LE TOURNEAU, Philippe, “La responsabilidad civil profesional”, traducción de Javier Tamallo Jaramillo, Ed. Legis, Colombia, 2006, p. 153.

## VIENE DE PÁGINA 7

UNIDROIT. Coincidimos con quienes como Mariano Yzquierdo Tolsada (9) ubican al secreto profesional como una singular y específica manifestación de los deberes deontológicos de corrección y de buena fe para con el cliente (o paciente).

En definitiva, y como lo pregona el autor español aludido en el párrafo precedente (10), ninguna de las consideraciones que se puedan formular en relación con los deberes técnicos profesionales en su accionar específico tienen sentido “si la deontología y sus reglas son olvidadas”. Con cita de su connacional

Rico Pérez en su obra “La responsabilidad civil del farmacéutico”, recuerda que “...para el profesional, la moral (al igual que para el Derecho), no es sólo faro que ilumina las conductas sino muro que elimina las contiendas, y respetar las reglas de la moral será el mejor antídoto contra toda reclamación de responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria”.

Como colofón de estas digresiones, resulta atinado traer a cita la referencia que formula Roberto Vázquez Ferreyra (11) con relación a que hay normas deontológicas —en casos afines al juzgado, dentro del Código de Ética Médica— cuyo incumplimiento da lugar a una situación de antijuridicid

dad, presupuesto necesario para hacer operativa la responsabilidad civil. La propia Corte Suprema, el 24/10/89, revocó un fallo (12), que eximiera de responsabilidad civil a la entidad médica demandada en vinculación con el fallecimiento de una persona atribuida a la deficiente atención prestada por la guardia de un establecimiento asistencial, declarando que más allá de la actitud agresiva de quienes requerían (sin ser atendidos) el ingreso del paciente a la misma, la clara urgencia del caso imponía que además del deber jurídico de obrar que pesaba sobre el médico de guardia y la enfermera, sometidos a esas presiones (derivado de las pautas inherentes a la responsabilidad propias del Código Civil derogado,

pesaban también y prioritariamente “...la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra”.

A título de cierre de lo que queremos significar al afrontar el comentario del fallo de marras: los deberes profesionales éticos y deontológicos integran el contexto de reglas, pautas o hasta principios cuya inobservancia generan un supuesto de antijuridicidad (material o hasta formal, si tales deberes están plasmados en normas de aquel rango).

La mala praxis no sólo se vincula con negligencia, impericia o negligencia. También con la desatención de ellas. ●

## { NOTAS }

(9) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil del profesional liberal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 311.

(10) Ídem cita anterior, p. 562.

(11) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-B, 834, cita on line AR/DOC/817/2015.

(12) “Amante, Leonor c. A.M.T.A.”, publicado en JA 1990-II-125.

Cita on line: AR/DOC/3769/2016

## JURISPRUDENCIA

### Daños del trabajador

**Prestación de tareas sin silla ergométrica. Procedencia del daño moral. Arbitrariedad de la sentencia. Examen parcial del peritaje médico. Disidencia.**

**Hechos:** Una obra social, en su carácter de empleador, fue condenada al pago de una indemnización por daño moral en beneficio de quien trabajó sin un sillón ergométrico, indicado por receta médica. La demanda fue rechazada en primera instancia. La Cámara revocó la decisión. Interpuesto recurso extraordinario y la correspondiente queja ante su denegación, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia impugnada.

1.- La sentencia que hizo lugar a la demanda de daños interpuesta por un trabajador a raíz de la demora en la provisión de un sillón ergométrico es arbitraria, pues las conclusiones a las que arribó el juzgador se basan en las observaciones parciales del peritaje médico referidas a que la patología columnaria que padece el reclamante podría hallarse concausalmente relacionada con la actividad laboral pero no tomó en cuenta las afirmaciones del experto acerca de que no existía evidencia de que el cuadro clínico hubiese empeorado entre el diagnóstico y el momento de la peritación en razón de la alegada falta de equipamiento ergonómico.

2.- El recurso extraordinario debe ser rechazado si la demandada no demostró de manera suficiente que el fallo apelado, en tanto revocó la sentencia que había rechazado una acción de daños iniciada por un trabajador, no constituía una aplicación razonada del derecho vigente (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Dra. Highton de Nolasco hace suyo en su voto en disidencia).

119.821 — CS, 20/12/2016. - Passanisi, Marisa Viviana y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otros s/ accidente de trabajo/enferm. prof. acción civil.

[Cita on line: AR/JUR/84863/2016]

**Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante:**

— I —

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda por daños y perjuicios derivados de una enfermedad profesional y, en consecuencia, condenó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación al pago de \$40.000, en concepto de daño moral (fs. 1304/1316 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

En cuanto al reclamo por daños físicos y psíquicos, consideró que no se encontraba acreditado, en el *sub lite*, la relación de causalidad entre éstos y la demora en la entrega del sillón ergométrico —a cargo de la empleadora—. No obstante ello, sostuvo que la necesidad de formular sucesivos reclamos —que no fueron debidamente atendidos por la codemandada— y los casi cuatro años que la actora trabajó sin contar con el sillón, indicado por receta médica, configuraron un padecimiento concreto susceptible de resarcimiento. Por ello, condenó a la demandada al pago de \$40.000, en concepto de daño moral.

— II —

Contra dicho pronunciamiento la demandada dedujo el recurso extraordinario federal (fs. 1321/1329), cuya denegación (fs. 1334) motivó la presente queja (fs. 28/32 del cuaderno respectivo).

El recurrente, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se agravia al entender que la Cámara no consideró los argumentos expuestos por su parte y aplicó la normativa prescindiendo del planteo que sostiene la inexistencia de la relación de causalidad entre el acto atribuido y los daños que manifestó padecer la accionante. Sobre esta base, entiende que la sentencia carece de los fundamentos necesarios para ser considerada un acto judicial válido.

Sostiene que no se encuentra acreditado que la falta de provisión del sillón ergométrico le haya provocado a la actora los padecimientos atribuidos por el *a quo*, ni que haya incidido en la presunta concreción del daño.

— III —

En mi entender, las objeciones planteadas por la recurrente remiten al estudio de temas ajenos a la instancia federal. Cabe precisar que la Corte ha establecido en reiteradas ocasiones que el remedio excepcional no tiene por objeto revisar las decisiones de los tribunales de juicio, en orden a la interpretación y aplicación que hacen de las circunstancias de hecho de la causa o de las normas de derecho común y procesal, máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (Fallos: 308:986, entre otros).

En este sentido, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquéllos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2351, 2456, 311:786, 2293; 312:246; entre otros). Por esa razón, esta doctrina es de carácter excepcional y exige para su procedencia un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta falta de fundamentos (Fallos: 326:297, entre otros).

En el presente proceso, la demandada Obra Social del Poder Judicial de la Nación no demostró de manera suficiente que el fallo apelado no constituya una aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que deba ser dejado sin efecto en virtud de la doctrina de la arbitrariedad.

— IV —

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto y confirmar la sentencia apelada. - Buenos Aires, septiembre 30 de 2015. — Irma A. García Netto.

Buenos Aires, diciembre 20 de 2016.

**Considerando:** 1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, revocó la sentencia de la instancia anterior e hizo lugar a la demanda entablada contra la Obra Social del Poder Judicial de la Nación con motivo de los daños y perjuicios que la actora dijo haber sufrido como consecuencia de las labores que desarrollaba para la institución y la demora de

ésta en proveerle un sillón ergonómico para el cumplimiento de aquéllas. En consecuencia, condenó a la entidad social a abonar en concepto de daño moral la suma de \$40.000, con más sus intereses (fs. 1304/1315). Contra dicho pronunciamiento la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 1322/1329) cuya denegación mediante el auto de fs. 1334, originó la presente queja.

2°) Que si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la aplicación de normas de derecho común y procesal, y la apreciación que efectúan de las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, por principio, al recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia en aquellos supuestos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos que lo sustentan válidamente como tal, en razón de la arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa o de la inclinación a favor de una prueba valorada en forma parcial, fuera de contexto y en forma desvinculada con el resto de ellas (doctrina de Fallos: 325:1511; 326:3734; 327:5438; 330:4983).

3°) Que tal situación se configura en el *sub lite* toda vez que las conclusiones a las que arribó el *a quo* se basan en las observaciones parciales del peritaje médico referidas a que la patología columnaria que padece la actora podría hallarse concausalmente relacionada con la actividad laboral pero no toman en cuenta las afirmaciones del experto acerca de que no existía evidencia de que el cuadro clínico hubiese empeorado entre el diagnóstico y el momento de la peritación en razón de la alegada falta de equipamiento ergonómico. La decisión no sólo efectúa una valoración fragmentada del informe médico sino que, además, prescinde de un examen integral de todas las probanzas de la causa, las que —según puso de manifiesto la sentencia de primera instancia en la que fueron expresamente ponderadas— resultaban insuficientes para condenar a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia impugnada. Costas por su orden en razón de la índole de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Hágase saber y,

oportunamente, remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Juan C. Maqueda.* — *Carlos F. Rosenkrantz.*

Disidencia de la doctora *Highton de Nolasco:*

*Considerando:*

Que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran suficiente respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, en virtud de lo dictaminado se desestima la queja. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese. — *Elena I. Highton de Nolasco.* Disidencia de la doctora *Highton de Nolasco:*

*Considerando:*

Que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran suficiente respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, en virtud de lo dictaminado se desestima la queja. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese. — *Elena I. Highton de Nolasco.*

## Tutela

**Derechos del menor. Convalidación de una situación de hecho. Niños entregados por su progenitora a su abuela. Padre privado de la libertad. Necesidad de otorgarles un marco definitivo.**

**Hechos:** *El juez otorgó la guarda de dos menores de edad a su abuela en los términos del art. 657 del Cód. Civil y Comercial. La Cámara modificó el resolutorio otorgando la tutela de aquéllos a su abuela a fin de otorgarles un marco más definitivo y estable.*

La sentencia que dispuso otorgar la guarda de los menores a su abuela en los términos del art. 657 del Cód. Civil y Comercial debe ser revocada y en su lugar otorgarle la tutela de aquéllos, pues en el caso, lo que se persigue es convalidar una situación de hecho que lleva varios años, en la que la madre entregó a los menores al cuidado de la abuela, el padre se encuentra privado de la libertad y se ha otorgado con anterioridad guarda provisoria, intentando ahora dar un marco más definitivo a los menores, priorizando el principio de estabilidad o continuidad.

119.822 — CNCiv., sala L, 06/09/2016. - B. M. L. R. y otros s/guarda.

[Cita on line: AR/JUR/70598/2016]

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 6 de 2016.

Vistos: I. Vienen estos autos a fin de que se entienda sobre el recurso interpuesto a fs. 213, contra lo resuelto a fs. 208/209. Obra memorial a fs. 216/220. Dictamina la Sra. Defensora de Menores de Cámara a fs. 228/229.

El resolutorio en crisis resuelve otorgar la guarda de los menores a su abuela en los términos del art. 657 del Cód. Civ. y Comercial, por entender que en el caso no se encuentra incluida en lo previsto por el art. 106 del mismo ordenamiento, como había sido solicitado por la peticionante.

II. La guarda prevista por el art. 657 no procura una solución definitiva, pues este

instituto no busca dar una solución permanente al problema que pudieran estar atravesando los menores, ya que regularmente está afectada por la transitoriedad de su vigencia. Es que la idea de la guarda (fuera del campo de la responsabilidad parental) consiste en brindar una solución provisoria hasta tanto se logre la inserción del niño junto a sus padres biológicos y, de no ser posible ello, se acuda a figuras más abarcadoras como la tutela o la adopción. Esa provisoriedad, por otra parte, no sólo está precisada en los Fundamentos del Anteproyecto, sino también en el texto mismo del art. 657 del Código; el cual determina los plazos de su vigencia. El objetivo de este tipo de guarda es restituir al niño en sus derechos vulnerados, teniendo en miras el futuro reintegro de aquél a sus progenitores. (conf. Mizrahi Mauricio Luis, "Responsabilidad Parental", Ed. Astrea, Bs. As., 2015, págs. 457 y ss.).

III. Distinto es el caso de autos, donde lo que se persigue es convalidar una situación de hecho que lleva ya muchos años, dando prioridad al principio de estabilidad o continuidad. El padre de los menores se encuentra cumpliendo una condena en el sistema penitenciario y la madre luego de dejar a los niños a cargo de la abuela, no ha vuelto a aparecer. De lo que se concluye que ninguno de ambos padres ejerce la responsabilidad parental, ni lo hicieron durante los últimos 8 años.

IV. Ahora bien, con fecha 22/04/2013 se le otorgó a la Sra. B. guarda judicial, por lo cual no es posible otorgar una nueva guarda luego de más de tres años. Asimismo, y tal como lo indicara la Sra. Defensora de Menores a fs. 204, la peticionante reencausa su pretensión adecuándola a la nueva normativa brindada por el Código Civil y Comercial de la Nación, solicitando que se le otorgue la tutela prevista por el art. 106 de la norma citada.

Teniendo en cuenta el interés superior de los menores, habiendo sido escuchados ambos durante el transcurso de las actuaciones (ver fs. 203), de conformidad con lo expresado por el Sr. Tutor y la Sra. Defensora de Menores de Cámara, y no existiendo persona que se oponga a ello, hacer lugar a la tutela solicitada aparece como la solución más lógica. Entiende este Tribunal justamente, que a diferencia de lo que señala la Sra. Juez "a quo", se da en este caso el supuesto previsto por el art. 106, toda vez que es la propia madre quien deja a los menores a cargo de la abuela, lo que hace presumir su deseo de que aquélla se convierta en la tutora de L. R. y L. J. (segundo párrafo de la norma citada).

V. En síntesis, estamos ante una situación de hecho que lleva varios años, en la que la madre entregó a los menores al cuidado de la abuela, el padre se encuentra privado de la libertad, se ha otorgado con anterioridad guarda provisoria y se intenta en este momento dar un marco más definitivo y estable a los menores, en la que la guarda en los términos del art. 657 decidida a fs. 208/209 parece no ser la solución buscada por la peticionante.

VI. Es por ello que, de conformidad con lo manifestado por la Sra. Defensora de Menores de Cámara a fs. 228/229, el Tribunal resuelve: Revocar la resolución de fs. 208/209, y otorgar a la Sra. C.B.G. (DNI n°...) la tutela solicitada respecto de los menores L.R.B.M. (DNI n°...) y L.J.B.M. (DNI n°...); quien deberá concurrir a aceptar el cargo dentro del tercer día de notificada.

La doctora Pérez Pardo no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109 RJN). Regístrese, notifíquese a la Sra. Defensora de Menores de Cámara mediante remisión de los autos a su despacho y a las partes electrónicamente.— Comuníquese al C.I.J. y devuélvase. — *Gabriela A. Iturbide.* — *Víctor F. Liberman.*

## Límite de cobertura. Inaplicabilidad

**Motocicleta embestida. Uso de casco protector. Efectos en la condena. Límite a la cobertura del seguro. Inoponibilidad de la franquicia. Buena fe profesional. Abogado que representa en una misma causa intereses contrapuestos. El contrato de seguro como contrato de consumo. Aplicabilidad de la doctrina plenaria. Aplicabilidad del Código Civil y Comercial.**

**Hechos:** *La Cámara revocó el rechazo de una acción de daños derivado de un accidente entre una motocicleta y un microómnibus escolar y se pronunció sobre la oponibilidad de la franquicia del seguro.*

1.- La sentencia que rechazó la demanda de daños derivado de un accidente entre una motocicleta y un microómnibus debe ser revocada, pues surge de la prueba que el vehículo de mayor porte violó la prioridad de paso y fue el embistente.

2.- Aun cuando puede presumirse de las heridas sufridas que la víctima no usaba casco mientras conducía la motocicleta que fuera embestida en el caso, esto no constituyó una concausa del siniestro, sino que debe ser evaluado al momento de fijar las indemnizaciones, pues es un factor de agravamiento del daño.

3.- El pedido de que la condena por los daños derivados de un accidente de tránsito sea soportada por la aseguradora de conformidad al límite de la cobertura resulta inadmisibles, puesto que el profesional que representó a la aseguradora también representó a los accionantes, en clara violación del deber de lealtad, probidad y buena fe que le impone el Código Procesal —art. 34, inc. 5, ap. d— y la ley 23.187, al prohibir la representación, patrocinio o asesoramiento, en una misma causa, intereses contrapuestos, situación que se observa en el caso, pues la admisión del límite de cobertura perjudicaría al asegurado, que debería afrontar parte de la condena.

4.- La aseguradora debe responder por un accidente de tránsito sin considerar los límites establecidos en la póliza de seguro, pues no se trata el caso de un seguro de responsabilidad civil contratado por una empresa de transporte de pasajeros, por lo que no resulta aplicable la doctrina plenaria sentada en "Obarrio" —13/12/2006, AR/JUR/7402/2006—. [1]

5.- Tratándose el seguro de responsabilidad civil de un contrato de consumo, se aplica el art. 37 de la ley 24.240, por lo tanto, corresponde concluir que la aseguradora debe responder por un accidente de tránsito sin considerar los límites establecidos en la póliza, ya que el monto allí previsto, en el caso, es irrazonable para afrontar los acontecimientos juzgados, que lo superan holgadamente.

6.- La cláusula de limitación de responsabilidad establecida en el contrato de seguro es inoponible, en tanto la suma establecida como límite de cobertura resulta tan reducida que afecta el principio de la buena fe que debe primar en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos y vulnera el principio de moralidad del objeto de los actos jurídicos —arts. 953, 1167 y 1198 del Cód. Civil derogado; arts. 279, 958, 961, 1004 y 1061 del Cód. Civil y Comercial—.

7.- El límite de cobertura fijado en la póliza del seguro —\$125.000 y 30% de la conde-

na en costas— no es lógico ni razonable ya que sería un supuesto de "no seguro", por insuficiencia de la suma; elimina uno de los propósitos dominantes o principales de la cobertura, que no es tan solo garantizar la indemnidad del asegurado, sino, en especial, resarcir el daño provocado al damnificado, produciendo un quiebre al principio de confianza y buena fe, basamento de una sociedad civilizada, dañando el marco de credibilidad de la sociedad, y en especial, de los consumidores de seguros.

8.- La finalidad tenida en cuenta por el art. 68 de la ley 24.449, que establece el seguro automotor obligatorio, que no es otra que la de proteger a las víctimas de accidentes de tránsito y asegurar su reparación, se vería claramente desvirtuada por la aplicación de una resolución administrativa, fundada en una cláusula contractual abusiva, que prevé la posibilidad de limitar la cobertura a un monto irrisorio, por lo que debe ser dejada de lado en los términos de los arts. 28, 31 y cc. de la Constitución Nacional.

9.- La doctrina plenaria sentada en "Valdez, Estanislao c. El Puente S.A.T. y otro" —10/11/1994; AR/JUR/2337/1994— es aplicable en los casos en los cuales se ventila una colisión entre un automóvil y una motocicleta; más allá de la diferencia de tamaño entre los dos vehículos, lo cierto es que ambos constituyen cosas generadoras de riesgos, y en tanto tales se subsumen sin inconvenientes en el supuesto fáctico abarcado por el mencionado fallo (del voto del Dr. Picasso). [2]

10.- La finalidad del art. 68 de la ley 24.449, que establece el seguro automotor obligatorio se vería claramente desvirtuada por la existencia de cláusulas que, incluso si contaran con aprobación administrativa, previesen limitar la cobertura a un monto hoy en día irrisorio (del voto del Dr. Picasso).

11.- El art. 1746 del Cód. Civil y Comercial resulta directamente aplicable a la reparación de un accidente de tránsito como en el caso, en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica —obligación de reparar—, sino sólo a las consecuencias de ella —art. 7° de ese ordenamiento—; la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, únicamente sienta una pauta para su liquidación (del voto del Dr. Picasso).

! CUANTIFICACION DEL DAÑO	
<b>El hecho dañoso:</b> Accidente de tránsito	
<b>Referencias de la víctima:</b>	
Sexo:	Masculino
Edad:	18 años
Actividad:	Entregas de delivery
Observaciones:	40% de incapacidad.
<b>Componentes del daño:</b>	
Daño extrapatrimonial	
Daño moral genérico:	\$140.000
Daño patrimonial	
Incapacidad sobreviniente:	\$200.000
Daños varios:	Gastos médicos, farmacia y traslados: \$4.000

119.823 — CNCiv., sala A, 22/09/2016. - M., C. D. y otro c. M., M. M. y otros s/daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/70765/2016]

## VIENE DE PÁGINA 9

## CONTEXTOS DEL FALLO

**Jurisprudencia Vinculada:** [1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Obarrio", 04/03/2008, AR/JUR/132/2008, sostuvo que la franquicia prevista en el contrato de seguro celebrado entre la compañía de seguros y el asegurado es oponible al tercero damnificado.

[1] **En pleno:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en Pleno, Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte S.A. y otro, 13/12/2006, AR/JUR/7402/2006

[2] **En pleno:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, En Pleno, Valdez, Estanislao F. c. El Puente S.A.T. y otro., 10/11/1994, AR/JUR/2337/1994.

## COSTAS

**2º instancia:** a la demandada y citada en garantía vencidas.

## INTERESES

Desde el inicio de la mora (16 de julio de 2009) y hasta la fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (1 de agosto de 2015), se calculen los intereses a la tasa del 8% anual, que representan los réditos puros y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

motores de la acción penal a la requisito fiscal o a la prevención o información policial, siendo éstas las dos formas en que puede ser iniciada la instrucción (del voto del Dr. Hornos).

**119.824** — CFCasación Penal, sala I, 27/09/2016. - Limpio Más s/ infracción ley 24.051.

[Cita on line: AR/JUR/63755/2016]

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, septiembre 27 de 2016.

**Resulta:** I. Que la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, provincia homónima, con fecha 22 de mayo de 2015, confirmó la resolución dictada por el magistrado a cargo del Juzgado Federal N° 1 de Tucumán en la que declaró la nulidad absoluta de las actuaciones preliminares UFIMA N° 64 "Gendarmería Nacional s/pericia medio ambiente c. Firma 'Limpio Más'" (arts. 166, 167, inc. 1º, y 168, segundo párrafo, del C.P.P.N. y arts. 1, tercer párrafo, 25, 37, 39 y 40 de la ley N° 24.946) —cfr. fs. 44/53vta. y 68/73 vta. respectivamente—.

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de casación el Fiscal General, doctor Antonio Gustavo Gómez (fs. 91/106 vta.), recurso que fue concedido por el "a quo" (fs. 108/109) y mantenido en esta instancia (fs. 112).

III. El Fiscal General planteó la nulidad absoluta y la arbitrariedad de la sentencia impugnada.

En primer lugar, sostuvo la nulidad absoluta de la resolución recurrida como consecuencia de la alegada irregular integración de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, lo que habría generado una afectación de las reglas de constitución del Tribunal. Ello, pues en la audiencia prevista en el art. 454 del C.P.P.N. intervinieron sólo tres de los cinco jueces que integran dicha Cámara, mientras que la resolución impugnada fue suscripta por los cinco magistrados.

Consideró que "la intervención de los vocales de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, Dres. Ernesto Clemente Wayar y Raúl David Mender, en la audiencia de deliberación pertinente sin estar presentes en la audiencia donde se expresaron los agravios y haber signado el fallo resultante, convierte en nulo, de nulidad absoluta, el acto sentencial. Ello pone en crisis la eficacia y seguridad de la prestación del servicio de justicia en la medida en que la totalidad de los actos cumplidos por los magistrados del Poder Judicial de la Nación (jueces de todas las instancias) en procesos en que intervengan de esta manera irregular, devienen en nulos de nulidad absoluta e insanable, por aplicación de las previsiones de los arts. 166, 167 (inc. 1º) y 168 del Código Procesal Penal de la Nación".

Por otra parte, el Fiscal General planteó la arbitrariedad de la resolución impugnada. Se agravó por considerar que los magistrados de la instancia anterior le negaron a las fuerzas de seguridad las facultades de prevención previstas en los arts. 183 y 184 del C.P.P.N. para actuar de oficio, ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública. Sostuvo que "al parecer, los Jueces entendieron que el [Fiscal General] ordenó llevar adelante la investigación respecto del volcamiento de efluentes líquidos contaminados que la empresa 'Limpio Más' estaría realizando a la cuenta Salí Dulce". Explicó que, por el contrario, "la prevención 'Sumario 28/14' obrante a fs. 02/37 fue practicada de oficio por los funcionarios actuantes de Gendarmería Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el art. 183 del C.P.P.N."

El Fiscal General señaló que los magistrados sentenciantes confundieron el proceder de los agentes de Gendarmería Nacional con una investigación realizada a tenor del art. 26 de la ley 24.946. En ese sentido, refirió que un miembro de Gendarmería Nacional se hizo presente en la Fiscalía Federal Nro. 1 que él subrogaba momentáneamente para advertir que la empresa 'Limpio Más' estaría produciendo una considerable contaminación con efluentes líquidos arrojados a un canal que desemboca en la cuenca 'Salí-Dulce'. Recordó que por ello le indicó que inicie un sumario interno, que tomen fotografías y muestras y que luego remitan los resultados a la fiscalía federal para su consideración jurídica. Señaló que los gendarmes remitieron dichos resultados equivocadamente a la Fiscalía General, y destacó que dicho error no es susceptible de afectar el derecho de defensa. Explicó que hasta ese momento no se inició ninguna actuación preliminar en los términos del art. 26 de la ley 24.946, como sostiene el "a quo", sino que sólo inició la actuación preliminar en los términos del art. 26 de la ley 24.946 a fin de asignar fiscal de primera instancia. Consecuentemente, solicitó la anulación de la resolución atacada, por no constituir una derivación razonada de derecho con aplicación a las concretas circunstancias de la causa.

Asimismo, el impugnante consideró que el fallo impugnado evalúa arbitrariamente las prerrogativas del art. 26 de la ley 24.946, que habilita expresamente el desarrollo de investigaciones preliminares para verificar la concreta comisión de hechos delictivos, para requerir informes a organismos públicos, privados, y solicitar la colaboración de autoridades policiales. Sostuvo que en el *sub examine* el Fiscal General solamente utilizó las prerrogativas del art. 26 de la ley 24.946 a los efectos de determinar la Fiscalía a la que le correspondía remitir el sumario iniciado por Gendarmería Nacional.

Agregó que el tribunal de grado desconoció la norma prevista en el art. 37 de la ley 24.946, que prevé la facultad del Fiscal General de ejercer las funciones propias de los fiscales de primera instancia, pudiendo actuar a los efectos de impulsar la acción penal.

Además, el recurrente sostuvo que el "a quo" realizó una errónea interpretación de la Resolución PGN N° 121/2006, al analizar la competencia de los fiscales de primera instancia y la de los de apelación. Consideró que una interpretación ajustada a la letra del art. 26 de la ley 24.946 permite sostener que todos los fiscales pueden realizar investigaciones preliminares —"desde un fiscal auxiliar hasta el mismísimo Procurador General de la Nación, incluyendo a los Fiscales Generales ante los Tribunales Orales y ante las Cámaras Federales o Nacionales con competencia penal"—. Consideró que no corresponde realizar una analogía entre las reglas de competencia que rigen la actividad del órgano jurisdiccional —que son concebidas para garantizar derechos derivados del art. 18 de la C.P.— y las que del Ministerio Público Fiscal, teniendo en cuenta el principio de unidad de acción del Ministerio Público Fiscal (art. 1 de la ley 24.946).

Indicó que sostener la postura jurisdiccional que se ataca significaría en la praxis judicial dejar sin efecto aquellas causas que fueron originadas en el ámbito de las unidades fiscales especializadas en el ámbito de la Procuración General de la Nación. Citó jurisprudencia en sustento de su postura.

El impugnante consideró que el tribunal de la instancia anterior no señaló en la resolución impugnada cuáles fueron en concreto las afectaciones al debido proceso legal y al derecho de defensa ocasionadas por la actividad del Fiscal General en el *sub examine*. Entendió que, por el contrario, se trata de una nulidad dictada en el sólo interés de la ley, sin que se

haya expresado la existencia de perjuicio alguno.

Finalmente, el Fiscal General señaló que los informes realizados en el marco del sumario de investigación por parte de Gendarmería Nacional sólo contienen datos objetivos y reproducibles que no constituyen prueba legal hasta no ser incorporados al expediente por el órgano jurisdiccional. Destacó que las tareas investigativas fueron realizadas en lugares públicos (en un río y en un canal de desagüe). Por ello solicitó la revocación de la decisión recurrida.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que durante el término de oficina, se presentó el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, doctor J. A. D. L. (fs. 115/115 vta.), quien solicitó que se haga lugar al recurso de casación oportunamente interpuesto por el Fiscal en la instancia anterior.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, segundo párrafo, y 468 del C.P.P.N., las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas (fs. 120). Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Ana María Figueroa y Gustavo M. Hornos.

El doctor *Borinsky* dijo:

I. En primer lugar, el Fiscal General planteó la nulidad de la sentencia impugnada por afectación de las reglas de constitución del tribunal "a quo", argumentando que el fallo cuestionado fue suscripto por los cinco magistrados integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, siendo que sólo intervinieron tres de ellos en la audiencia realizada a tenor de lo normado en el art. 454 del C.P.P.N.

Este planteo no habrá de prosperar, no bien se advierte que en su presentación recursiva el Fiscal General no ha invocado ni acreditado el perjuicio concreto que dicha circunstancia le habría ocasionado, máxime teniendo en cuenta que la resolución impugnada fue adoptada por la totalidad de los miembros del tribunal "a quo" por unanimidad, compartiendo los fundamentos. Por ello, el referido agravio deviene improcedente.

Sobre el particular, cabe recordar la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 295:961; 298:312; 330:4549), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507).

En esa inteligencia, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el sentido de que las nulidades tienen un ámbito de aplicación restrictivo, no son un fin en sí mismas pues se requiere la producción de un gravamen cierto que lleve a justificar una decisión contraria a la adoptada en la sentencia; de adverso, aún a pesar de su irregularidad, el acto no puede ser invalidado en el solo beneficio de la ley (conf. "Carrera Ganga, Walter Gabriel s/ recurso de casación", causa N° FCR9400939/2011/TC1/1/CFCL, rta. 29/05/2015, reg. 1009; "Palombo, Rodolfo Oscar y otros s/ recurso de casación", causa N° 15.148, reg. N° 191/14, rta. 26/02/2014 y "Paíta, Ricardo Alberto y otro s/ recurso de casación", Causa N° 9538, reg. N° 755.4, rta. el 17/05/12; todas de la Sala IV de la C.F.C.P.).

En efecto, la procedencia de la declaración de nulidad requiere, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en

## Medio ambiente

**Posible comisión de un hecho delictivo derivado de la salida de efluentes industriales hacia un canal colindante a la Ruta Nacional N° 9. Interpretación del art. 26 de la ley 24.946. Facultad del Fiscal General de realizar investigaciones preliminares. Prevención o información policial. Desecho de efluentes observado a simple vista y en una zona de acceso público. Revocación de la sentencia que había declarado la nulidad de las actuaciones.**

- 1.- La sentencia que declaró la nulidad de las actuaciones en un caso de posible contaminación ambiental por entender que el Fiscal General no se encontraba facultado para realizar investigaciones preliminares no constituye una derivación razonada del derecho vigente, toda vez que la actuación realizada por aquél se enmarcó dentro de las facultades previstas en el art. 26 de la ley 24.946 ante la posible comisión de un hecho delictivo, máxime cuando no se advierte violación alguna a derechos individuales en virtud de que el desecho de efluentes fue observado a simple vista y en una zona de acceso público.
- 2.- Si bien en el sistema jurídico argentino la persecución penal está en manos del Estado existe una separación de funciones estatales de quien es el actor penal público de aquel que, por su carácter de juzgador, debe necesariamente para instar un proceso penal, mantener su imparcialidad —art. 120, CN— (del voto de la Dra. Figueroa).
- 3.- Si bien desde la reforma constitucional de 1994 el titular de la acción penal en los delitos de acción pública es el Ministerio Público Fiscal, ello no resulta en modo alguno incompatible con lo dispuesto por el art. 195 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto prevé como actos pro-

juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho. De otro modo, la sanción de nulidad parecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929 y 325:1404). En consecuencia, quien impetra la declaración de nulidad debe demostrar su interés en obtener tal declaración, esto es, el perjuicio que el acto presuntamente inválido le deparó (Fallos: 324:151), aún para el caso en que se invoquen nulidades de carácter absoluto.

En el *sub examine*, el requisito de mención no se encuentra satisfecho con la genérica alegación formulada por el recurrente relativa a que se han violado las reglas de constitución del tribunal, pues dicha parte no se ha hecho cargo de demostrar en forma precisa y completa las razones que, a su criterio, justifican la invalidez del acto objetado (en el mismo sentido se expidió la Sala IV de la C.F.C.P. en la causa “Redsant López, Julio Lorenzo s/recurso de casación”, reg. nro. 366/2013, rta. el 22/03/2013).

No cabe soslayar que la sentencia impugnada fue adoptada de forma unánime por todos los magistrados integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, contando con una única fundamentación dictada en forma conjunta por parte de los miembros de dicho tribunal. De esta manera, el Fiscal General no ha logrado demostrar —ni se advierte— el perjuicio concreto que le habría generado la circunstancia invocada. Por ello, corresponde el rechazo del presente agravio.

II. Por otra parte, a fin de analizar el planteo articulado por el Fiscal General referido a la arbitrariedad alegada de la resolución impugnada con relación a la errónea interpretación de la norma prevista en el art. 26 de la ley 24.946 (Ley Orgánica del Ministerio Público), corresponde recordar el trámite de las presentes actuaciones.

Con fecha 28 de noviembre de 2014, Sergio Gustavo Marco, Comandante Principal de Gendarmería Nacional, envió una nota a la Fiscalía General Federal de Tucumán a cargo del doctor Antonio Gustavo Gómez, a los efectos de elevar a su consideración “el Informe Pericial Nro. 3348, en sus treinta y cinco (35) fojas útiles, quince (15) gráficos demostrativos y dieciséis (16) planos anexados, de conformidad con lo solicitado en los autos caratulados: ‘Autores a establecer s/presunta infracción a la Ley 24.051’, Prevención Sumaria Judicial Nro. 28/14, registro “ESTUMAN”, en trámite por ante esa Fiscalía General Federal a su cargo” (fs. 1).

Con fecha 9 de diciembre de 2014, la Fiscalía General de Tucumán libró oficio a las Fiscalías Federales Nros. 1 y 2 de la misma Provincia a fin de remitirles el Informe Pericial presentado por Gendarmería Nacional que “estaría tramitando en una de las Fiscalías” (fs. 37). Ante ello, el magistrado a cargo de la Fiscalía Federal Nro. 1 de Tucumán informó que según se desprende del sistema “Fiscal Net”, la causa a la que corresponde el aludido informe —“Autores a establecer s/presunta infracción a la ley 24.051” N° 28/14— no se encontraba en trámite en las Fiscalías Federales de primera instancia, por lo que las actuaciones fueron devueltas a la Fiscalía General (fs. 38).

Así fue que con fecha 12 de diciembre de 2014 el Fiscal General, doctor A. G. G., inició una investigación preliminar (fs. 39) y remitió las actuaciones al Fiscal a cargo de la Fiscalía Federal Nro. 1 de Tucumán con el fin de que asuma la investigación con el propósito de verificar la posible existencia de alguna acción delictiva (fs. 40).

Seguidamente, el Fiscal Federal de primera instancia elevó las presentes actuaciones

—en las que se investiga la posible salida de efluentes industriales hacia un canal colindante a la Ruta Nacional Nro. 9, km 1265,5— a conocimiento del magistrado a cargo del Juzgado Federal Nro. 1 de Tucumán, remitiéndole el informe realizado por Gendarmería Nacional (fs. 42).

En tales circunstancias, el juez federal de primera instancia declaró la nulidad absoluta de las actuaciones por entender que el Fiscal General no se encuentra facultado para realizar investigaciones preliminares, a tenor de lo normado en el art. 26 de la ley 24.946 (fs. 44/53 vta.). Esa resolución fue apelada por el representante del Ministerio Público Fiscal, y fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán (fs. 68/73 vta.). En contra de dicha resolución el Fiscal General interpuso el recurso de casación que se encuentra bajo estudio de esta Alzada.

En las particulares circunstancias que presenta el caso de autos, con relación a la interpretación que corresponde realizar del art. 26 de la ley 24.946, resultan de aplicación las consideraciones efectuadas en la causa “Medina, Julio Roberto y otros s/recurso de casación” (C.F.C.P., Sala III, causa FTU 400424/2005/1/CFC1, reg. nro. 718/2015, rta. el 30/04/2015).

En dicho precedente se analizó la facultad del Fiscal General de realizar investigaciones preliminares, a tenor de lo normado en el art. 26 de la ley 24.946 y se declaró la validez de las actuaciones iniciadas por el representante del Ministerio Público Fiscal en uso de tales facultades.

Al respecto, cabe recordar que la aludida norma legal establece que “Los integrantes del Ministerio Público Fiscal, en cualquiera de sus niveles, podrán —para el mejor cumplimiento de sus funciones— requerir informes a los organismos nacionales, provinciales, comunales; a los organismos privados; y a los particulares cuando corresponda, así como recabar la colaboración de las autoridades policiales, para realizar diligencias y citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial. Los organismos policiales y de seguridad deberán prestar la colaboración que les sea requerida, adecuándose a las directivas impartidas por los miembros del Ministerio Público y destinando a tal fin el personal y los medios necesarios a su alcance.

Los fiscales ante la justicia penal, anoticiados de la perpetración de un hecho ilícito —ya fuere por la comunicación prevista en el artículo 186 del Código Procesal Penal de la Nación o por cualquier otro medio— sin perjuicio de las directivas que el juez competente imparta a la policía o fuerza de seguridad interviniente, deberán requerir de éstas el cumplimiento de las disposiciones que tutelan el procedimiento y ordenar la práctica de toda diligencia que estimen pertinente y útil para lograr el desarrollo efectiva de la acción penal. A este respecto la prevención actuará bajo su dirección inmediata” (art. 26 de la ley 24.946).

Además, de la resolución general PGN 121/2006 referida a la misma cuestión se desprende que el objetivo de las investigaciones preliminares a la existencia de una causa judicial, a tenor de lo previsto en el art. 26 de la ley 24.946, radica en “establecer, al menos en forma mínima, la probable comisión de un hecho ilícito para luego, en su caso, ponerlo en conocimiento de los jueces a quienes compete decidir si dirigen la investigación o la delegan en el Ministerio Público Fiscal. (...) Esta tarea, podrá o no, tener como corolario la puesta en conocimiento de una hipótesis delictiva ante el órgano jurisdiccional, que implica una actividad depuradora de indudable aporte y valor al funcionamiento del servicio de justicia, en la medida que evita el dispendio de recursos y esfuerzos en relación a circunstancias que no

ameritan la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional”.

En dicho documento, el Procurador General de la Nación agregó que la norma en cuestión se refiere a supuestos en que o no se está ante una denuncia que cumpla los requisitos de forma y contenido exigidos por los arts. 175 y 176 del C.P.P.N., o estamos ante supuestos en que no está establecida, siquiera en forma mínima, la probable comisión de un hecho ilícito. Consideró que “imponer como imperativo la puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional de estas investigaciones preliminares parecería desnaturalizar los beneficios de la acción depuradora que mencionáramos”.

En tal contexto, se advierte que la decisión impugnada así como la adoptada por el Juez cargo del Juzgado Federal Nro. 1 de Tucumán —a través de la cual se declaró la nulidad absoluta de las presentes actuaciones— no constituyen una derivación razonada de derecho vigente con aplicación a las particulares circunstancias de la causa. Ello, toda vez que la actuación realizada por el Fiscal General en autos se enmarcó dentro de las facultades previstas en el art. 26 de la ley 24.946, ante la posible comisión de un hecho delictivo (ley 24.051 de residuos peligrosos).

Nótese que el informe realizado por Gendarmería Nacional —que consistió en la inspección ocular de la zona afectada y de las correspondientes tomas fotográficas— (obranste a fs. 2/36) tuvo como propósito determinar la posible comisión de un hecho delictivo derivado de la salida de efluentes industriales hacia un canal colindante a la Ruta Nacional N° 9, km. 1265,5. La peligrosidad de dichos desechos quedó en evidencia de manera espontánea, como consecuencia de su reacción química con la lluvia.

Al respecto, del referido informe se desprende que “en el lugar del vuelco y como se apuntara de las condiciones climatológicas (lluvia) de ese momento, y producto de la formación de espuma de color blanca, se apreció una considerable cantidad de sedimentos de color amarillento depositado en el lecho del canal (ver mancha desde el plano Anexado Nro. II), esto evidenciaría la reacción espontánea relacionada tanto con sus características intrínsecas de peligrosidad como de las de sus condiciones de manipulación de los residuos, por consiguiente, presente reacciones violentas con el agua, tanto por aumento de temperatura como por desprendimiento de gases o vapores inflamables o tóxicos, ya que ello implica una manipulación, almacenamiento y eliminación mal diferenciada. (...) La situación detectada es alarmante y de alta peligrosidad, razón a lo observado, esta empresa mediante los vuelcos de efluentes industriales que vuelcan al cuerpo receptor, incorpora y altera de forma desfavorable las condiciones naturales del ambiente en general, realizando la descarga en crudo sin ningún tipo de tratamiento previo”.

A su vez, no se advierte violación alguna de derechos individuales, toda vez que el desecho de efluentes industriales fue observado a simple vista —evidenciándose la posible infracción a la ley 24.051 como consecuencia de las condiciones climáticas— y en una zona de acceso público —a la vera de la Ruta Nacional N° 9— (cfr. vistas fotográficas de fs. 14/16, 30/31, 33, y 35/36), e incluso las medidas realizadas por Gendarmería Nacional no resultan definitivas ni irreproducibles.

De esta manera, la investigación preliminar realizada en el *sub examine* se ajusta a los parámetros establecidos por el art. 26 de la ley 24.946 y a la resolución general PGN 121/2006, por lo que el fallo impugnado no resulta ajustado a derecho ni a las constancias de la causa en tanto declaró la nulidad absoluta de las actuaciones. Ello me conduce a descalificar el pronunciamiento recurrido como acto jurisdiccional válido.

III. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, revocar la resolución impugnada (fs. 68/73 vta.) y su antecedente de fs. 44/53 vta., debiendo remitir la causa al tribunal de origen, a fin de que continúe con el trámite correspondiente, sin costas en esta instancia (art. 530 y 531 del C.P.P.N.).

La doctora *Figuerola* dijo:

I. Que contra la decisión referida en el punto I del voto que lidera el acuerdo, interpuso recurso de casación el Sr. Fiscal General, quien formuló los agravios referidos en el punto III.

II. Que adhiero a la solución que propone el juez que votó en primer término, pero sin perjuicio de ello considero necesario señalar que el sistema de nuestro código de rito, establece en cuanto que la iniciación y promoción de la acción puede producirse por requisitoria de instrucción, a cargo del agente fiscal, o de una prevención o información policial, que para su validez requiere el conocimiento y control jurisdiccional. No hay forma que pueda actuar el juez instructor sino mediante la excitación de su jurisdicción, atento su imposibilidad de actuación de oficio. Dicha idea reposa en que un órgano extraño al órgano jurisdiccional, sea quien provoque su actividad.

Si bien en nuestro sistema jurídico la persecución penal está en manos del Estado, existe una separación de funciones estatales de quien es el actor penal público, de aquel que por su carácter de juzgador, debe necesariamente para instar un proceso penal, mantener su imparcialidad —art. 120 CN—. Procesalmente deben separarse las funciones estatales para posibilitar una resistencia eficiente a la imputación penal por parte del acusado. Dicha separación tiene por fin principal preservar la nota de imparcialidad de los jueces del caso en este tipo de procedimiento oficial, quienes, de ese modo, no necesitan afirmar la hipótesis que luego juzgarán como cierta o incierta.

En igual sentido pueden citarse antecedentes de las salas que componen este Tribunal, Sala I “Vivas, Diego Daniel y otros s/casación” (reg. nro. 24850 del 29/12/2015); nro. 91001199/2012/TOI/CFC1 “Cheuquepal y Gramajo” reg. nro. 839/16.1 del 16/05/16; “Musimundo S.A. s/recurso de casación” (reg. n° 962 del 27/03/1996); Sala II “Avila, Blanca Noemí s/recurso de casación” (reg. n° 18 del 02/07/1993), “Guillén Varela, J. W. s/recurso de casación” (reg. n° 58 del 18/11/1993), “Batalla, Jorge Alberto s/recurso de casación” (reg. n° 262 del 28/09/1994); Sala III “Veisaga, José A. s/recurso de casación” (reg. n° 91 del 10/03/1994), “Romero Saucedo, Carlos s/recurso de casación” (reg. n° 27/95 del 03/03/1995) y “Spikerman, Oscar A. s/recurso de casación” (reg. n° 227/96 del 16/08/1996); y Sala IV “Roitman, Adrián s/recurso de casación” (reg. n° 663 del 14/10/1996) y “Osco Hilachoque, José M. s/recurso de casación” (reg. n° 831 del 19/05/1997), entre muchos otros.

La presente causa tuvo su inicio en virtud de una investigación practicada por personal del escuadrón 55 “Tucumán” de la Gendarmería Nacional, de manera tal que la misma se originó conforme uno de los modos posibles de provocar el avocamiento instructorio en forma directa que este Tribunal, de acuerdo al texto de la ley, ha interpretado como válida.

Así, en razón de ese acto impulsor emanado de la prevención, con conocimiento del representante del Ministerio Público Fiscal, se encontró en condiciones el instructor de ejercer la tarea de control y dirección de la pesquisa salvando de este modo la valla impuesta por el principio *ne procedat iudex ex officio*, no siendo éste el camino adoptado por el Juez Fede-

## VIENE DE PÁGINA 11

ral, quien resolvió declarar la nulidad de las actuaciones preliminares, no correspondiendo adoptar tal camino.

En tales términos sólo cabe revisar el temperamento adoptado por el tribunal de grado, toda vez que como observa el juez Borinsky, tal decisión, confirmada por la Cámara Federal de Tucumán, es arbitraria.

Por ello, cabe hacer lugar al recurso intentado por este motivo.

III. En lo que hace a la participación o no de los jueces de Cámara que firmaron la sentencia en la audiencia previa, es dable señalar que si bien tengo dicho de manera reiterada que es obligatoria la presencia de los jueces que intervienen en el debate, quienes deben participar tanto de la audiencia como de la deliberación - Sala I, causa nro. 17390/12, "Díaz, Cristián Alberto s/rec. de casación", reg. nro. 24287.1 del 11/11/2014; causa nro. 1038/13, "Trinidad, Franco Ismael s/rec. de casación, reg. nro. 22537, del 15/11/2013; causa nro. 1045/13, "Aquino, Hilda Ramona s/rec. de casación", reg. nro. 22413 del 31/10/2013; causa nro. 999/13 "Gómez, Teresa Nora s/rec. de casación", reg. nro. 23821 del 02/07/2014 y Sala III, causa CCC 4382/2013/CFC I, "Tolaba, Diego Marcelo s/rec. de casación", reg. nro. 2303.14.3 del 3/11/14, entre muchas otras—, es innecesario pronunciarme al respecto, en el caso.

En efecto, ello es así toda vez que, fue dejada sin efecto la sentencia y la finalidad de la doctrina de la arbitrariedad es quitar eficacia a la decisión y señalar que no constituye en acto válido —doctrina de Fallos: 338:623—. Verificados tales extremos, considero innecesario expedirme respecto de este agravio, en este caso concreto.

Tal es mi voto.

El doctor *Hornos* dijo:

I. Convocado a votar en tercer orden, coincido, en lo sustancial, con las consideraciones efectuadas en el voto que lidera el presente acuerdo, sin perjuicio de la fundamentación que desarrollé a continuación.

II. El recurrente —Ministerio Público Fiscal— cuestiona la nulidad absoluta declarada por el Juzgado Federal Nro. 1 de Tucumán y

confirmada por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán respecto de las actuaciones preliminares UFIMA N° 64 "Gendarmería Nacional s/pericia medio ambiente c. Firma Limpio Más".

Alega específicamente el señor Fiscal Antonio Gustavo Gómez que la sentencia evalúa arbitrariamente las facultades del art. 26 de la ley 24.964 que permite el desarrollo de investigaciones preliminares tendientes a verificar la concreta comisión de hechos delictivos.

Asimismo, sostiene que en el caso la causa se inició por prevención policial, motivo legalmente previsto en el código de rito y que las tareas investigativas fueron desarrolladas en lugares públicos (en un río y en un canal de desagüe).

Sobre el punto, habré de recordar en primer término que tal como he tenido oportunidad de sostener en diversas oportunidades cierto es que desde la reforma constitucional de 1994, el titular de la acción penal en los delitos de acción pública es el Ministerio Público Fiscal de conformidad con lo normado en el art. 120 de la C.N y arts. 1 y 25, inc. "c" de la ley 24.946.

Pero dicha disposición no resulta en modo alguno incompatible con lo dispuesto por el Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 195, en cuanto, prevé como actos promotores de la acción penal a la requisitoria fiscal o a la prevención o información policial, siendo éstas las dos formas en que puede ser iniciada la instrucción.

Así, el requerimiento de instrucción por parte del fiscal procede cuando la denuncia de un delito de acción pública se formule directamente ante el magistrado o la policía y fuerzas de seguridad (siempre que aquél no decidiera hacer uso de la facultad que le acuerda el primer párrafo del artículo 196 (arts. 180 y 188 del C.P.P.N.). Y es consecuencia del principio "*ne procedat iudex officio*".

Ese estímulo para la iniciación de la instrucción —art. 194 ib.— es imperativo del sistema (salvo los supuestos de excepción expresamente previstos por la Ley) y guarda relación con lo establecido en el art. 69 del C.P.P.N.; constituyendo uno de los modos alternativos inmediatos de dar inicio al proceso (conf. Sala IV causa Nro. 369 "Herrera, José Manuel s/recurso de casación", Reg.

Nro. 633, rta. el 15/08/1996; causa Nro. 401 "Roitman, Adrián Raúl s/recurso de casación", Reg. Nro. 663, rta. el 14/10/1996; causa Nro. 422 "Rodino González, Pablo Fabián s/recurso de casación", Reg. Nro. 680, rta. el 28/10/1996; entre tantos otros), así como la base de sustentación ineludible de los actos jurisdiccionales futuros.

Como se dijo, nuestro ordenamiento procesal autoriza la promoción del sumario, en relación al caso en estudio, a la prevención policial, según lo dispuesto en los arts. 188 o 186 del C.P.P.N. (art. 195 del C.P.P.N.), debiendo, en estos casos, los agentes de seguridad comunicar en forma inmediata al juez y fiscal competente el inicio de actuaciones preventivas (arts. 183 y 186 del C.P.P.N.).

Entonces, en el caso *sub examine*, la instrucción no sólo se inició por uno de los modos válidos que la ley procesal prevé, esto es la prevención policial en tanto tal como se desprende de las constancias de la causa, fue el Comandante Principal de Gendarmería Nacional del Escuadrón 55 "Tucumán" quien con fecha 28/11/2014 envió una nota a la Fiscalía General Federal de Tucumán a cargo del doctor A. G. G., a los fines de elevar a su consideración un informe pericial poniéndolo en conocimiento de la posible comisión de un delito, sino que el fiscal ante la urgencia del caso adoptó medidas tendientes a verificar la hipótesis delictiva mencionada.

Fue así que, con fecha 12 de diciembre de 2014, y luego de verificar que ninguna de las fiscalías de primera instancia se encontraban a cargo de la investigación de los hechos aludidos por Gendarmería en el informe respectivo, el Fiscal General inició una investigación preliminar y remitió las actuaciones al Fiscal a cargo de la Fiscalía Federal Nro. 1 de Tucumán con el fin de que asuma la investigación con el propósito de verificar la posible comisión de un delito; ello conforme las previsiones de la Ley 24.946.

De lo expuesto, se desprende que la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia al declarar la nulidad de las actuaciones preliminares, y confirmada por el *a quo*, comporta una arbitraria limitación a la actuación del Fiscal General que, en cumplimiento de su función como representante del Ministerio Público Fiscal —órgano independiente que tiene a su cargo la promoción de la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la

sociedad (arts. 120 CN y 26, Ley 24.946)— y atendiendo a la gravedad del hecho denunciado del cual podría derivar un grave daño ambiental (art. 41 C.N. y art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), inició investigaciones preliminares en cumplimiento de las facultades y atribuciones que le son ampliamente reconocidas por la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, el art. 26 de la Ley 25.946 y la Resolución PGN 121/2006.

En este contexto, es importante mencionar que el hecho objeto de la investigación preliminar consistía en determinar la posible causación de un daño derivado de la salida de efluentes industriales hacia un canal colindante a la Ruta Nacional N° 9, Km. 1265,5 y que la peligrosidad de los desechos quedó evidenciada de manera espontánea por la reacción química que se provocó con la lluvia, y el desprendimiento de gases o vapores inflamables o tóxicos.

Por lo demás, coincido con el doctor Mariano Hernán Borinsky en cuanto propone rechazar la nulidad pretendida por el recurrente con sustento en que la sentencia fue firmada por cinco magistrados, siendo sólo tres de ellos los presentes en la audiencia prevista en el art. 454 del C.P.P.N.

III. Las consideraciones apuntadas me llevan a coincidir con la solución adoptada por los colegas que me preceden en orden de votación, en cuanto proponen hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, revocar la resolución recurrida y su antecedente necesario y remitir la presente causa al tribunal *a quo* a fin de que continúe con el trámite correspondiente (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General, revocar la resolución impugnada (fs. 68/73 vta.) y su antecedente de fs. 44/53 vta., debiendo remitir la causa al tribunal de origen, a fin de que continúe con el trámite correspondiente, sin costas en esta instancia (art. 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordadas C.S.J.N. N° 15/13, 24/13 y 42/15). Remítanse las presentes actuaciones al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Ana M. Figueroa*. — *Mariano H. Borinsky*. — *Gustavo M. Hornos*.

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 42, Secretaría Única, sito en Uruguay 714, piso 2º, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de CARLOS DAVID ZUCCOLO. Publíquese por 3 días en LA LEY.  
**Buenos Aires, 26 de diciembre de 2016**  
Paula M. Cicchino, sec. int.  
**LA LEY: I. 25/01/17 V. 27/01/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 69, cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de MARIA NELIDA ZEESE. Publíquese por tres días en el diario La Ley.  
**Buenos Aires, 26 de octubre de 2016**  
María Elena Prada Errecart, sec.  
**LA LEY: I. 11/01/17 V. 13/01/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 69, cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de SERGIO ALBERTO GALLARDO. Publíquese por un día en el Diario LA LEY.  
**Buenos Aires, 22 de diciembre de 2016**  
María Laura Prada Errecart, sec. int.  
**LA LEY: I. 05/01/17 V. 05/01/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 29, Secretaría Única, Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de SILVA JULIANA ROSA y CLEMENTE DÍAZ a los efectos de que comparezcan a hacer valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en La Ley.  
**Buenos Aires, 16 de diciembre de 2016**  
Claudia Alicia Redondo, sec.  
**LA LEY: I. 30/12/16 V. 03/01/17**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 99 sito en Av. de los Inmigrantes 1950 P. 6 CABA, a cargo de Dr. Camilo Jorge Almeida Pons, secretaria única a mi cargo, en los autos "ASOCIACIÓN CULTURAL ITALIANA CRISTOFORO COLOMBO C/ ROSALES ROMAN JORGE S/ COBRO DE SUMAS DE DINERO" Expte. 49.955/2013 ha dictado la siguiente resolución: "Buenos Aires, 9/05/2016 (...) fallo: I) Haciendo lugar a la demanda instaurada por ASOCIACIÓN CULTURAL ITALIANA CRISTOFORO COLOMBO y en su consecuencia condenando a ROMAN JORGE ROSALES a abonarle dentro

de los diez días la suma de treinta y siete mil treinta y cinco pesos con más sus intereses que se calcularán desde la fecha de mora de cada uno de los periodos adeudados y hasta su efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina y las costas del juicio que corren a cargo de la demandada perdidosa, bajo apercibimiento de ejecución. II) Difiérese la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto exista en autos liquidación definitiva aprobada. III) Cópiese. Regístrese. Notifíquese. Oportunamente archívense las actuaciones. Fcdo. Camilo Jorge Almeida Pons - Juez". Publíquese por 2 días.  
**Buenos Aires, 28 de diciembre de 2016**  
Guillermina Echagüe Cullen, sec.  
**LA LEY: I. 09/01/17 V. 10/01/17**

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 7, Secretaría única, a cargo del Dr. Claudio H. Fede, sito en Avda. Ricardo Balbín N° 1753 2º piso del Departamento Judicial de San Martín, cita y emplaza a HEREDEROS DE MARÍA PELEMBERG DE

BRUFF Y/O A QUIEN SE CONSIDERE CON DERECHO SOBRE LOS INMUEBLES OBJETO DE LOS AUTOS "COORDINACIÓN ECOLÓGICA ÁREA METROPOLITANA SOCIEDAD DEL ESTADO C/ HEREDEROS DE MARÍA PELEMBERG Y OTRO S/ EXPROPIACIÓN", en trámite por ante este Juzgado, para que dentro del plazo de diez días comparezca a presentarse en autos a hacer valer sus derechos, bajo apercibimiento de designarle al Defensor Oficial para que los represente en el proceso. Los inmuebles a expropiar son los sitios en el Partido de Gral. San Martín, Provincia de Buenos Aires, y se encuentran individualizados catastralmente como: Circunscripción II, Sección B, Manzana 83, Parcelas 1/20; Manzana 108, Parcelas 1/24; Manzana 107, Parcelas 1/16; Manzana 109, Parcelas 1/24 y Manzana 110, Parcelas 1/5 y 16/25. El presente edicto deberá publicarse por dos días en el diario La Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Gral. San Martín, noviembre 8 de 2016**  
Hilda J. Fiora, sec.  
**LA LEY: I. 02/01/17 V. 03/01/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que ALEX HUAMANI CORDOVA nacido en Lima, Perú, el 13 de noviembre de 1981, con DNI: 94.062.346 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario "LA LEY".  
**Buenos Aires, 30 de noviembre de 2016**  
Silvina A. Bracamonte, sec.  
**LA LEY: I. 29/12/16 V. 29/12/16**

El Juzgado Nacional de Comercio N° 13 a cargo del Dr. Fernando J. Perillo, secretaria N° 25, sito en Marcelo T. de Alvear 1840, piso 4º C.A.B.A., comunica que en los autos "EMPRESA ALMIRANTE GUILLERMO BROWN S.R.L. s/CONCURSO PREVENTIVO" (Expte. N° 14587/2015), con fecha 24 de noviembre de 2016 se ha resuelto homologar el acuerdo preventivo de EMPRESA ALMIRANTE GUILLERMO BROWN S.R.L.; decla-

rar concluido el presente concurso preventivo y finalizada la intervención del síndico. Para ser publicado en el Diario LA LEY por un día.

**Buenos Aires, 6 de diciembre de 2016**  
Sebastián Julio Marturano, sec.  
**LA LEY: I. 27/12/16 V. 27/12/16**

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de PELLEGRINO, MIGUEL MANUEL a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

**Buenos Aires, 27 de marzo de 2016**  
Adrián E. Marturet, sec.  
**LA LEY: I. 26/12/16 V. 28/12/16**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 89, Secretaría Única, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de CELIA CARMEN GOYA, a efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por el término de tres días en LA LEY.

**Buenos Aires, 2 de diciembre de 2016**  
Juan Pablo Iribarne, sec.  
**LA LEY: I. 19/12/16 V. 21/12/16**