

Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código

Jorge M. Galdós(*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los antecedentes.— III. Un fallo precursor: la causa “Bogado” de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.— IV. El tratamiento en el Código Civil y Comercial.— V. Actividad riesgosa y actividad “especialmente” riesgosa. La opinión de Pizarro. Nuestro criterio.— VI. Consideraciones adicionales.

➔ La *actividad* consiste en la conjunción de personas, cosas, instrumentos o tareas, conectadas entre sí, que tienen una organización interna, y en la que el titular tiene —por sí o por terceros— un mínimo poder de control y de imposición de obligaciones tendientes, especialmente, a prevenir y asegurar su riesgo. De ahí que cabe considerar que es riesgosa o peligrosa la actividad en la que el riesgo o el peligro, para quienes la desarrollan o para terceros, derivada de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico.

leza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”. Desde entonces, las fórmulas normativas no han variado demasiado.

Entre nosotros la actividad peligrosa fue incorporada como un supuesto específico de responsabilidad objetiva por el Proyecto de 1954 (calificada “por su naturaleza o por la índole de los medios empleados”) (3), por el Proyecto de unificación de 1987 (“actividades riesgosas” calificadas “por su naturaleza o por las circunstancias de su realización”) (4), por el Proyecto de unificación de 1992 (actividades peligrosas calificadas “por su naturaleza o por las circunstancias de su realización”) (5), por el Proyecto de Mosset Iturraspe (con similar calificación, hablaba de “actividades riesgosas”) (6), y por el Proyecto de 1998 (que apartándose ostensiblemente de sus precedentes, incorporaba la “actividad especialmente peligrosa”, calificada según “su naturaleza o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo”) (7). De modo que el consenso entre los antecedentes es claro: a excepción del Proyecto de unificación de 1993 (8) el resto incorporaba el supuesto autónomo de actividad peligrosa o de actividad riesgosa —según la terminología variable de los antecedentes—; además, salvo el Proyecto de 1998, todos poseen una formulación similar.

Recordemos además que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria concluyeron que la actividad peligrosa estaba comprendida en el supuesto del art. 1113 del Código Civil. En efecto, en el régimen derogado el crecimiento cuantitativo de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado del art. 1113, Cód. Civil, significó ensanchar el contenido y alcance de ese factor de atribución que evolucionó paulatina y progresivamente comprendiendo el daño proveniente de una cosa determinada y específica, con-

cretamente individualizada; el daño producido por las cosas inertes o inanimadas; la actividad riesgosa —primero con cosas y, luego, aún sin cosas—; el trabajo o tareas desarrolladas en el marco de la relación laboral; el riesgo de empresa o riesgo de actividad o riesgo empresario. Así se expidieron los primeros eventos jurídicos sobre el tema, en los que se concluyó que la responsabilidad objetiva del art. 1113, Cód. Civil, incorporó, junto al riesgo de las cosas, las actividades riesgosas en cuya realización se valía de cosas, es decir, a “*las actividades riesgosas con utilización de cosas*” (9).

Reviste significación el recordado fallo plenario de la Cámara Nacional del Trabajo (10) que sostuvo que “*en los límites de la responsabilidad establecida por el art. 1113 del Cód. Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte puede imputarse a riesgo de la cosa*”. La mayoría receptó el dictamen del Procurador Nacional del Trabajo en el que se afirmó que el peligro “*no proviene tanto de la cosa misma, sino de su utilización o empleo; y donde el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño, sino en la actividad desarrollada con ella sin perjuicio del papel principalísimo que ésta tenga en la relación causal*”.

En ese orden de ideas se sentenció que la noción de riesgo creado comprende “*todo un establecimiento, explotación, empresa o incluso también actividad la que genere vicio o riesgo*” (11) y que la actividad laboral está incluida en el vocablo *cosa* y por lo tanto en la responsabilidad objetiva por riesgo creado (12). Resultan muy ilustrativas la consideraciones de un fallo que sostuvo que “*el vocablo ‘cosa’ abarca las tareas específicas del trabajador y la actividad laboral toda, razón por la cual, cuando esas tareas pueden generar un resultado dañoso, se impone admitir su inclusión en las previsiones del art. 1113*” (13).

En definitiva, la interpretación amplia y extensiva del riesgo de la cosa del anterior

artículo 1113, Cód. Civil, devino en riesgo de la actividad y justificó el uso más frecuente de actividad riesgosa que el de actividad peligrosa.

III. Un fallo precursor: la causa “Bogado” de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires

Si bien en la jurisprudencia previa se encuentra una importante cantidad de antecedentes jurisprudenciales que receptaron expresamente a la actividad riesgosa como factor objetivo de atribución (14), nos interesa aquí destacar un reciente *leading case* de la Suprema Corte de Buenos Aires que, corroborando el linaje pretoriano de actividad riesgosa, se anticipó a la expresa recepción normativa de la actividad riesgosa por los medios empleados y las circunstancias de su realización del art. 1757, CCyC.

El caso era el siguiente: un joven de una familia humilde murió embestido por un camión mientras circulaba en bicicleta por un camino vecinal, transitando por la ruta 27 en la franja de tierra de la “vereda banquina”, paralela a la ruta en dirección al Acceso Norte. Se trataba del único camino urbanizado de la zona. Ese día hubo asueto escolar. Producido el deceso del menor, los progenitores demandaron el resarcimiento del daño material y del daño moral por el fallecimiento del hijo al conductor y al dueño del camión, los que no pudieron ser hallados; además el camión había desaparecido y carecía de seguro. También demandaron a la empresa contratista del emprendimiento, para la que aquéllos se encontraban trabajando, a la propia sociedad y a la Municipalidad de Tigre. Adujeron distintos fundamentos y, para lo que aquí interesa, atribuyeron a la empresa su doble carácter de guardiana del camión y responsable por la actividad económica, a la que calificaban

I. Introducción

Nos proponemos efectuar algunas reflexiones acerca de la regulación de la responsabilidad civil por actividades riesgosas y peligrosas cuya incorporación expresa es una de las novedades del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC). Las consideraciones aquí vertidas suponen una continuidad y una profundización de trabajos previos (1).

II. Los antecedentes (2)

El antecedente legislativo más importante sobre la actividad peligrosa se encuentra en el Código Civil italiano de 1942. Su artículo 2050 dispone que “*aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la natura-*

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código

Jorge M. Galdós 1

BIBLIOGRAFÍA. Régimen de jubilaciones y pensiones

Autores: Fernando H. Payá (h.) y María Teresa Martín Yáñez. Comentario: Guillermo J. Jáuregui..... 6

NOTA A FALLO. Intereses comunes vs. interés superior del niño en un caso de extradición

Luciana B. Scotti..... 6

JURISPRUDENCIA

EXTRADICIÓN. Existencia de hijos del requerido. Facultades de los jueces. Derecho del niño a ser oído (CS) 6

PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO LABORAL. Amigo de una red social como testigo. Valor probatorio de la declaración. Procedencia de la acción de despido. Prueba de la jornada de trabajo. Teoría de la carga probatoria dinámica. Horas extra (CNTrab.) 9

FERTILIZACIÓN ASISTIDA CON DONACIÓN DE GAMETOS. Protección de los derechos de las personas involucradas. Cobertura integral del tratamiento por la empresa de medicina prepaga. Procedencia de la medida cautelar en una acción de amparo. Derecho a la salud. Código Civil y Comercial (CNFed. Civ. y Com.) 11

Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código

● VIENE DE TAPA

como riesgosa en función del art. 1113 última parte del Cód. Civil derogado (15).

La sentencia de la Suprema Corte revocó parcialmente el fallo de la Cámara y admitió la condena contra la empresa dueña del emprendimiento económico, confirmando además la responsabilidad del conductor y la del propietario del camión. El Tribunal se pronunció por unanimidad parcial de fundamentos y, por mayoría, en lo atinente a la responsabilidad por el riesgo de actividad de la empresa accionada (16). La mayoría admitió expresamente que el anterior art. 1113, Cód. Civil, preveía la actividad riesgosa, y por unanimidad (dado el alcance del voto de adhesión del Dr. Hitters) se resolvió que la empresa era guardiana del camión. Es decir, en definitiva la responsabilidad de la empresa se sustentó en el doble carácter de guardián de la cosa de riesgo (por unanimidad) y como beneficiaria de la actividad calificada como riesgosa de de la conjunción de los medios empleados y de las circunstancias y modalidades en la que se efectivizaron las tareas de planeamiento y ejecución del citado emprendimiento inmobiliario.

De este modo la anticipación del precedente “Bogado” es doble: por un lado, por la atribución de responsabilidad fundada en el riesgo de empresa por constituir una actividad riesgosa (emplazada en lo que hoy es actividad riesgosa por los medios empleados y las circunstancias de su realización,

en los términos actuales del art 1757 CCyC); y, por el otro, por la legitimación amplia al asignarle unánimemente a la empresa el carácter de guardiana del camión considerado cosa riesgosa (voto de adhesión del Dr. Hitters).

En el desarrollo argumental del Dr. de Lázzari se explican y se fundamentan la sumatoria y la conjunción de medios empleados para la realización de la actividad económica; las modalidades de planeamiento, ejecución y puesta en marcha del complejo de obras constitutivas del emprendimiento inmobiliario; y las restantes circunstancias relativas a su efectivización, todo lo cual revela, sin dudas, que la sociedad demandada había desarrollado una actividad riesgosa, y que allí radicaba el sustento normativo de su responsabilidad civil.

En lo medular se concluyó “*el riesgo no proviene entonces de la sola marcha del camión con acoplado que iba y venía transportando tierra, sino de la actividad económica integral planificada de determinada manera, en cuyo marco la utilización o empleo del transporte era uno de sus elementos participantes*” (por mayoría, voto del Dr. de Lázzari al que adhirieron los Dres. Kogan y Genoud). En otras palabras, la producción del riesgo “*no proviene de la sola marcha del camión con acoplado que iba y venía transportando tierra, sino de la actividad económica integral planificada de determinada manera, en cuyo marco la utilización o empleo del transporte era uno de sus elementos participantes*” (por mayoría, voto del Dr. de Lázzari al que adhirieron los Dres. Kogan y Genoud). De allí que, “*ya fuera ese camión directamente contratado por ella, ya fuera con la intermediación de contratistas, es indiscutible que la accionada era la única beneficiaria de los movimientos de tierra a que contribuía ese camión, trabajos que ella programaba, dirigía, supervisaba, e incluso vigilaba, al punto de ser su propio personal de vigilancia el que llevaba los registros de desempeño y movimiento de esos camiones*” (del voto del Dr. Hitters de adhesión y conformando unanimidad).

En definitiva, el caso en examen confirma la aseveración de que el art. 1757, CCyC, recibió la doctrina y jurisprudencia vigente antes del nuevo Código, según la cual la actividad riesgosa estaba comprendida en el anterior art. 1113, Cód. Civil, y es guardián quien se sirve y aprovecha económicamente de la cosa productora de riesgo. Justamente, este último criterio es el que caracteriza la legitimación pasiva ampliada del actual art. 1758, CCyC.

Este *leading case* impacta y actualiza la doctrina legal de la casación bonaerense y se potencia con la nueva normativa del Código Civil y Comercial.

IV. El tratamiento en el Código Civil y Comercial

IV.1. Primeras nociones introductorias

El Código Civil y Comercial incluye expresamente la responsabilidad por el daño causado por “*las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización*” (art. 1757), agregando que en tal caso la responsabilidad es objetiva y resulta legitimado pasivo “*quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial*” (art. 1758). La incorporación debe ser vista como una pacífica continuidad de los antecedentes y tan es así que los estudios de la doctrina sirvieron de base al nuevo Código (17). La mayoría de los autores entendió positiva su actual recepción legislativa (18), la que impacta favorablemente en el derecho laboral (19).

Se advierte claramente que el Código vigente no define a la actividad riesgosa o peligrosa, sino sólo enumera los supuestos que la califican. Dado que —lo reiteramos— en lo sustancial el Código Civil y Comercial recibió los consensos interpretativos, es de singular valía hacer un breve repaso de esas opiniones.

Hace varios años ya se advertía que “*la ‘actividad riesgosa’ es una expresión que tien-*

de a superar el rígido marco de la exigencia de una “cosa” como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva” (20). En otro estudio se dijo que “*actividad’ trasunta una idea de complejidad, de conjunto, de proceso, antes que de fenómeno aislado o singular (...)* El concepto de actividad aparece muy ligado al de empresa” (21). Luego, se precisaba: “*el carácter riesgoso de la actividad deviene de su peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar que la tornan peligrosa para terceros. Puede vincularse con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales deben ser gobernadas por su titular*”. La valoración de las circunstancias —se añade— debe realizarse en abstracto y que constituye una noción jurídica abierta y flexible (22).

Aludiendo a la actividad riesgosa en el Proyecto de 1998 del Código Civil y Comercial se dijo que “*se ha pasado a la actividad riesgosa como factor de atribución. (...) los daños típicos de la sociedad posindustrial no pueden contenerse en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la imputación objetiva por la intervención de cosas riesgosas o viciosas; es que todos esos daños presentan un denominador común: su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa*” (23). Ghersi postuló a la actividad económica en sí misma como factor de atribución de responsabilidad, tanto en el ámbito contractual, en donde “*usando como herramienta el contrato de adhesión, [se] impone y consigue trasladar riesgos a los usuarios y consumidores*”, como en la órbita extracontractual, en la que “*se fracciona la responsabilidad en la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios*” (24). Otro autor señaló que “*el riesgo empresa’ es un factor de atribución independiente con fundamento en el provecho obtenido en la actividad riesgosa*”, agregando que “*la empresa’ causante del daño [es] el sujeto de derecho mejor ubicado jurídica y económicamente para prevenirlo, esto es para asegurarse del riesgo*” (25).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Con la colaboración de Ezequiel A. Valicenti.

(1) GALDÓS, Jorge M., “El art. 1757 del Código Civil y Comercial Unificado (el anterior art. 1113 Código Civil)” en RCyS 2015-4, p. 176; ídem, “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Derecho de Daños*, 2012-3 - Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, p. 345.

(2) Para el análisis de los distintos proyectos ver ROITMAN, Horacio - CHIAVASSA, Eduardo N., “El riesgo en los proyectos de reforma al Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-3 “Creación de riesgo-I”, Rubinzal-Culzoni, p. 333. Ver también, entre otros: ALTERINI, Atilio A., “Sobre algunas observaciones al proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad”, en LALEY, 1999-D, 1059; COM-PAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Algunas notas al proyecto de reformas a la legislación en el derecho privado”, en LALEY, 1987-D, 937; HERNÁNDEZ, Carlos A., “Las eximentes de responsabilidad en los proyectos de reformas al Código Civil”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2006-1, “Eximentes de responsabilidad-I”, Rubinzal-Culzoni, p. 243; TALE, Camilo, “Cuarenta y dos objeciones fundamentales al Proyecto de Código Civil de 1998, en materia de responsabilidad civil”, ED 191-953.

(3) El proyecto fue elaborado por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, bajo la dirección de Jorge Llambías y trataba la cuestión en su artículo 1090 (Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil, Tucumán, 1968).

(4) El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987 proyectaba el tema en el art. 1113, 4º párr. (*Proyecto de Código Civil. Nueva edición, según texto aproba-*

do por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Orden del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción, Astrea, Bs. As, 1987).

(5) Se trata del Proyecto elaborado por la Comisión creada por el Poder Ejecutivo por decreto 468/92, que trataba la cuestión en el art. 1590 *in fine* (*Reformas al Código Civil. Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92*, Astrea, Bs. As., 1993, p. 383).

(6) El proyecto incorporaba el tratamiento en el art. 1084 (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino (“Obligaciones en general” y “De las obligaciones que nacen de los contratos””, en *Revista de Jurisprudencia provincial*, Santa Fe, nº3 (marzo 1993), ps. 209-240).

(7) Conf. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1999. Ver en particular, PICASSO, Sebastián - WAJNTRAUB, Javier H., “El riesgo en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2007-1, Creación de riesgo II, Rubinzal-Culzoni, p. 265.

(8) Nos referimos al *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial* de la denominada “Comisión Federal” de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993.

(9) *I Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes*, Buenos Aires, 1981. Despacho en minoría suscripto por Brebbia, Ramella, Goldenberg, Ghersi y Trigo Represas. Publicado en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes*, Año I, 1983, p. 31-63, 303-306 y 319-327.

(10) CNTrab., en pleno, 27/XII/1988, “Pérez, Martín I. c/ Maprico S.A.”, en LALEY, 1989-A, 561; DT 1989-B, 2059 - DJ 1989-1, 709.

(11) CNTrab., Sala VII, “Sánchez, Hugo Ramón c/ Pronvincia A.R.T. S.A.”, del 19/10/2007.

(12) SCBA, “Ferreira, Gustavo Raúl c/ Benito Roggio e Hijos S.A. y otra s/ indemnización por daños y perjuicios”, Ac. L 80406, del 29/9/2004, voto Dr de Lá-

zzari en La Ley Buenos Aires 2004-965; SCBA., “F., D. c/ E., L. s/ Enfermedades profesionales”, Ac. L 83342, 26/9/2007.

(13) SCBA, “Lezcano, José L. contra Panadería y Conf. El Progreso de Corripio, Jorge O. Indemnización por daños y perjuicios”, Ac. L. 93.818, del 25/11/2009 (por mayoría, voto Dr. de Lázzari, al que adhirieron los Dres. Kogan y Negri).

(14) Remitimos a la casuística enumerada en los trabajos previos mencionados en la nota 1.

(15) SCBA, “Bogado, Juan Jorge y otro vs. Toledo, Víctor Adrián y otro”, del 15/07/15, LALEY 30/9/2015, p. 10.

(16) La mayoría se integró con el sólido y fundado voto del Dr de Lazzari, al que adhirieron los restantes jueces (los Dres. Genou y Kogan; y, con sus fundamentos ampliatorios, el Dr. Negri).

(17) GOLDENBERG, Isidoro H., “La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, en JA, 1998-II, p. 552; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113”, Hammurabi, Bs. As., 1987, p. 58; ídem, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, en JA 1988-I-905; ídem, “Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños”, Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 58-66; PARELLADA, Carlos, “El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, en LALEY, 1987-D, 977; PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y extracontractual”, LALEY, Bs. As., 2005, t. II, p. 178; TRIGO REPRESAS, Félix, “Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas”, *Revista de Derecho de Daños*, 2006-3 - Creación de riesgo I, Rubinzal-Culzoni, p. 7.

(18) Conf. *Conclusiones de la Comisión Cuarta de las Terceras Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros*, celebradas en memoria de los Dres. Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana (Mar del Pla-

ta 25 al 17 de Octubre de 2012); CERUTTI, María del Carmen, “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3 - Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, p. 307 y ss.; PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, en LALEY del 12/08/2015; CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad por actividades riesgosas”, en MÁRQUEZ, José F. (dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Bs. As., 2015, t. 2, p. 137.

(19) MACHADO, José D., “La actividad riesgosa y la responsabilidad civil” en *Revista de Derecho Laboral*, El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-I, p. 422; RECALDE, Héctor P. - CIAMPA, Gustavo A. - RECALDE, Leandro, “Precisiones sobre el Código Civil y Comercial y el Derecho Laboral”, en LALEY, 2014-F, 787.

(20) GOLDENBERG, Isidoro H., “La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, cit.

(21) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113”, Hammurabi, Bs. As., 1987, p. 58; ídem, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, en JA 1988-I-905; ídem., “Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños”, Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 58-66.

(22) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y extracontractual”, La Ley, Bs. As., 2006, t. II, p. 178.

(23) RIVERA, Julio César, “Estudios de Derecho Privado (1984-2005)”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, p. 597.

(24) GHERSI, Carlos A., “La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad”, en ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto (dirs.), “La responsabilidad”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, p. 357.

(25) DOMÍNGUEZ, Osmar - IZMAZ, Joaquín A., “El riesgo empresario y la actividad peligrosa como crea-

También Messina de Estrella Gutiérrez destacó la importancia de incorporar a la actividad riesgosa como factor de atribución al derecho nacional, asegurando que una fórmula abierta —y no taxativa— permitiría llevar adelante “una nueva forma de aplicación de la teoría del riesgo”, que “permite ingresar variedad de hipótesis que generan riesgos en la sociedad” (26). Mosset Iturraspe explica que la doctrina italiana diferencia entre la “peligrosidad de la actividad” de la “peligrosidad de la conducta”. Conducta y actividad —acota— constituyen la clase de la distinción: la primera se juzga aisladamente y en sí mismo, pudiendo darse la negligencia, imprudencia o impericia que de existir la tornan peligrosa; la segunda encierra en sí misma el peligro, marginando la culpa (27).

IV.2. El concepto de actividad riesgosa o peligrosa

Anticipamos nuestra opinión: la actividad riesgosa o peligrosa se constituye con una conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica, que puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas —aunque esto no es excluyente—, y de las que se desprende riesgo (la inminencia de daño) o peligro (la situación que puede generar daño).

Cabe destacar que las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. La jurisprudencia sostuvo muy claramente que “la actividad será ‘riesgosa por su naturaleza’ cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr. explotación de energía nuclear). Las actividades peligrosas ‘por las circunstancias de su realización’ son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra” (28).

La actividad es riesgosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere peligrosidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado (29).

a) ¿Qué es la actividad?

La importancia de delinear y delimitar las nociones de actividad —primero— y la de su calificación en riesgosa y peligrosa —después— radica en la necesidad de evitar desbordes conceptuales que desnaturalicen este factor de atribución objetivo. Como lo apunta la doctrina reciente, el vocablo “actividad” denota la existencia posible de uno o más hechos humanos, aislados o combinados con otros elementos mecánicos e inmatereales (30). Con la referencia a “actividad” en el art. 1757 se describe el “conjunto de operaciones o tareas propias que realiza una persona humana o una entidad” (31).

Por eso, coincidentemente, hemos definido a la actividad prevista en el art. 1557, CCyC, como la constituida por la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que puede (aunque esto no es excluyente) estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas (máquinas, herramientas, aparatos, establecimientos, explotaciones, etc.) (32). Esta opinión tiene sustento en las acepciones de “actividad” (Del lat. *activitas, -atis*) suministradas por el Diccionario de la Real Academia Española, una de las cuales se refiere al “conjunto de operaciones propias de una persona o entidad”, es decir, denota la idea de combinación, ensamble, conjunción de bienes materiales e inmateriales. También el Diccionario de Sinónimos confirma esta interpretación, ya que se señalan como términos equivalentes a actividad “tarea, función, labor, ocupación, trabajo, profesión”, entre otros.

Se infiere entonces una primera conclusión: el concepto de actividad es superador de la noción de cosa, aun en su concepción más amplia; incluso, podría haber actividad sin la utilización de cosas. La combinación o conjunción puede abarcar cosas, bienes y servicios, acudiendo —sólo como argumento analógico complementario y sin el propósito de equiparación— a la definición de empresa del art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo que alude a la “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales”.

La actividad prevista en el art 1757, CCyC, tiene otros dos caracteres: el ensamble o combinación de personas y bienes debe estar conectado o vinculado causalmente entre sí, en acepción más propia de la causalidad material que de la jurídica, no para vincularla con el daño, sino para denotar la idea de organización o de coordinación (de personas, cosas y medios) sometidas a ciertas reglas o normas mínimas que le confieran algún grado de unidad. De aquí se desprende otro rasgo distintivo: una suerte de jerarquía en la que el titular de la actividad (organizador, explotador, empresario, etc.) ostente facultades de imposición de deberes tendientes especialmente al aseguramiento del riesgo.

Tengamos en cuenta además que, según lo ha destacado la doctrina, con la reciente sanción del Código Civil y Comercial el tradicional sujeto del derecho comercial —el comerciante— “fue reemplazado por la persona humana que realiza ‘actividad económica organizada’ o es titular de una ‘empresa’ o de un ‘establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios’”, mientras que el “acto de comercio” fue desplazado por la “actividad económica organizada”. En suma, el eje del “nuevo Derecho Comercial” está constituido hoy por la “empresa” (33). Por ello puede decirse que, de modo coherente con todo el sistema de derecho privado, el art. 1757 recoge el llamado “riesgo de empresa” (34).

En definitiva, la actividad consiste en una conjunción de personas, cosas, instrumentos o tareas, conectadas entre sí, que tienen una organización interna, y en la que el titular tiene —por sí o por terceros— un mínimo poder de control y de imposición de obli-

gaciones tendientes, especialmente, a prevenir y asegurar su riesgo. De ahí que cabe considerar que es riesgosa o peligrosa la actividad en la que el riesgo (la inminencia de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para quienes la desarrollan o para terceros, derivada de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico.

b) Notas tipificantes de la actividad riesgosa y peligrosa

La noción conceptual expuesta destaca las notas sobresalientes que tipifican a la actividad riesgosa y peligrosa, que repasamos a continuación.

b.1) En primer lugar, es importante tener en cuenta que se trata de dos supuestos emparentados pero diferentes: la actividad riesgosa, por un lado, y la peligrosa, por el otro. Los antecedentes del Código italiano de 1942 (art 2050) y del Código Civil paraguayo (art 1846) y los proyectos de reformas anteriores se referían a las actividades peligrosas, sin alusión a la actividad riesgosa, prevista en cambio en el Proyecto de 1987. En los congresos jurídicos se acudió mayormente a la actividad peligrosa, sin diferenciarla de la riesgosa (35).

Una calificada corriente de opinión sostiene que de la doble adjetivación del art. 1757 (actividad “riesgosa” o “peligrosa”) no debe concluirse que se trata de dos hipótesis diferentes, sino de una única figura (la actividad riesgosa o peligrosa), a la que puede aludirse utilizando uno de sus adjetivos o ambos de manera conjunta (36).

Pero como ya adelantamos, según nuestro entender la norma se refiere a dos supuestos: las actividades peligrosas y las actividades riesgosas. Puede decirse que las actividades peligrosas completan e integran a las riesgosas, conformando un bloque de imputación objetiva por la interacción entre ambas. Según el Diccionario de la Real Academia Española “peligroso” significa “que tiene riesgo o puede ocasionar daño”. Por su lado “peligro” si bien tiene una significación emparentada con el riesgo (importa la “contingencia inminente de que suceda algún mal”) también se refiere al “obstáculo o situación que aumenta la inminencia del daño”. Esta última caracterización, la situación que puede causar daños, es reveladora de que la actividad trasciende el marco de la intervención o participación de una cosa y de que riesgo y peligro de la actividad operan complementándose porque comprenden también “situaciones”, como equivalentes —según el mismo Diccionario— al “conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento”.

En definitiva la denominación de actividades riesgosas, además de configurar un supuesto distinto de las actividades peligrosas, proviene de su utilización e identificación conceptual en el derecho argentino.

b.2) En segundo lugar, en el Código Civil y Comercial la actividad riesgosa o peligrosa comprende tres supuestos típicos: por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de realización. Se verifi-

ca entonces que a las dos hipótesis previstas en los anteproyectos anteriores (naturaleza de la actividad o circunstancias de su realización) se le añadió la propia de “los medios empleados”. Una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia Española del término “actividades clasificadas” pregonaba que son las “actividades potencialmente perturbadoras de la salud o el medio ambiente, que las normas jurídicas agrupan para limitar y controlar sus efectos”. Por consiguiente la responsabilidad objetiva derivada de la actividad es más amplia que en los proyectos anteriores: comprende dos hipótesis (actividad riesgosa o peligrosa) y tres supuestos tipificantes (por su naturaleza, por los medios empleados y por las circunstancias de su realización).

b.3) A lo dicho se añade una tercera característica: la noción de actividad exorbita la propia del riesgo o vicio de las cosas, porque comprende aquellos supuestos en los que puede prescindirse del rol gravitante de la cosa en sí misma para trasladarse a la actividad entendida como conjunto, combinación o sumatoria de acciones, conductas, comportamientos o trabajos. Es que uno de los aspectos más destacados de la responsabilidad objetiva por actividades (riesgosas o peligrosas), y que la diferencia de la derivada del riesgo o vicio de las cosas, radica —precisamente— en considerar que la actividad prescinde de la intervención de una cosa, por lo que la legitimación pasiva es más amplia. En efecto en caso de responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas responden concurrentemente su dueño o guardián, entendiéndose por tal a “quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o quien obtiene un provecho de ella” (art. 1758, CCyC). En cambio, en la actividad responde “quien la realiza, se sirve u obtiene un provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto en la legislación especial” (art. 1758, CCyC).

Huelga advertir que tanto la doctrina como la jurisprudencia, tal como lo hicieron antes con la elaboración de la noción de “riesgo de las cosas”, tendrán un rol preponderante en la determinación y delimitación de los supuestos comprendidos en las actividades riesgosas y peligrosas, no sólo en la especificación de su ámbito aplicación, sino también en su distingo con el riesgo y el vicio de las cosas. En tal sentido la víctima seguramente habrá de invocar preferentemente la configuración del riesgo o peligro en la actividad, porque tiene más legitimados pasivos (no sólo el dueño o guardián vinculados con el dominio o posesión de las cosas) y porque muchas veces ambos supuestos coexistirán. Por caso la responsabilidad objetiva derivada de los siniestros viales podrá tener emplazamiento no sólo en el riesgo o vicio de la cosa (el automotor), sino de la actividad que lo involucra (por ejemplo transporte de pasajeros). Este punto seguramente se nutrirá de los aportes de los autores y de las decisiones judiciales.

IV.3. Los supuestos de calificación

Superada la dificultad conceptual, la cuestión neurálgica pasa por determinar

● CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

ción pretoriana: la teoría del ‘riesgo-provecho’, en LALEY, 2004-F, 209.

(26) MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “Aplicación del sistema de ‘actividad riesgosa’ a los daños moderno”, en LALEY, 1989-C, 945.

(27) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, t. IX, *Responsabilidad de la Empresa*, p 39 y cita 41.

(28) TS Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Arias

de Fernández, Blanca c/ Tagle (h) y Cía. SA”, del 6/9/2004, cit. por ROITMAN, Horacio - CHIAVASSA, Eduardo, “El riesgo en los Proyectos de Reforma al Código Civil”, cit.

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

(30) PIZARRO, Ramón D., “Tratado de responsabilidad civil objetiva”, cit. p. 579.

(31) ALFERILLO, Pascual, *Comentario al art. 1757,*

en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, La Ley, Bs. As., 2015, t. VIII, p. 342.

(32) Ver trabajos citados en nota 1.

(33) FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “La autonomía y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo Código Unificado”, en LALEY, 2015-A, p. 756.

(34) Conf.: ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La

Noción de actividades riesgosas en el proyecto de Código Civil”, JA, 1988-I, p. 904.

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

(36) CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad por actividades riesgosas”, cit. p. 126.

● VIENE DE PÁGINA 3

qué parámetros o estándares determinan la calificación, en el caso concreto, de la peligrosidad o el riesgo de la actividad o la actividad riesgosa o peligrosa.

Para Pizarro la peligrosidad ínsita en la actividad puede ser detectada: 1) siguiendo un criterio cuantitativo o estadístico; 2) ponderando los estándares fijados por el legislador, cuando califica a la actividad como riesgosa (art. 40, ley 24.240), cuando impone deberes de seguridad (art. 5, ley cit.) o cuando determina controles especiales para determinadas actividades; 3) o bien atendiendo “razonablemente” a las reglas de la experiencia. Acota que ello debe realizarse en abstracto, según un parámetro objetivo, esto es, “con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto” (37). Con palabras de Sozzo “no corresponde una calificación a priori de actividades riesgosas y las que no lo son, sino hay que efectuar un ‘test’ caso por caso” (38).

En definitiva puede decirse que una actividad será riesgosa o peligrosa cuando (natural o circunstancialmente) resulta previsible (según el curso ordinario y normal de las cosas) que de su desarrollo se derivará la posibilidad cierta de ocasionar daños. Comprende los supuestos en los que el riesgo es ostensible y presumido “a priori” (ej. daño derivado de la actividad nuclear) y en los que se concreta en daño por las circunstancias propias y naturales de la actividad misma (vgr. de seguridad o vigilancia), o especiales y atípicas de su desenvolvimiento (vgr. trabajo con escaleras que carecen de soportes o medidas de seguridad adecuadas).

Analizaremos a continuación cada uno de los tres supuestos de calificación específicos que incorpora el art. 1757, CCyC.

a) *Actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza*: Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. En ellas el daño constituye una consecuencia constitutiva propia o inherente de la actividad; el daño está naturalmente asociado a ella, y si bien adoptando las medidas de seguridad adecuadas es evitable, se trata de una contingencia con un alto grado de probabilidad de producción. Por caso el enfrentamiento armado con delincuentes es una contingencia propia de la actividad de la policía. La aptitud dañosa, su potencialidad como fuente productora de daños es patente, se revela “per se” y sin mayores indagaciones teóricas o prácticas.

La jurisprudencia sostuvo muy claramente que “la actividad será ‘riesgosa por su naturaleza’ cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias

en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr. explotación de energía nuclear)” (39). Bien dicen Calderón y Márquez que para determinar si se trata de un “riesgo natural”, se tendrán en cuenta como hechos reveladores los datos estadísticos y de común experiencia (40).

Con relación a las actividades naturalmente riesgosas, existe una extendida jurisprudencia que ha producido una rica casuística (41).

b) *Actividades riesgosas o peligrosas por las circunstancias de su realización*: En la jurisprudencia se ha considerado que “las actividades peligrosas ‘por las circunstancias de su realización’ son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra” (42). En esta categoría el daño es producido no tanto por la actividad en sí misma, sino por las modalidades, particularidades o maneras de su realización. Mosset Iturraspe alude a las actividades que “no representan en sí mismas una notable potencialidad de daños a terceros”, sino que son “normalmente inocuas” pero se tornan peligrosas por la “conducta de quien las ejerce”. Y ejemplifica señalando a las actividades agrícolas, la gestión de un supermercado, el embotellamiento de gaseosas, la producción de garrafas, la distribución de neumáticos, la reventa de agua mineral, etc. (43)

Bajo esta hipótesis calificadora se comprende el llamado riesgo circunstancial. Esto significa que para calificar como riesgosa una actividad determinada, deberán ser tenidas en cuenta también las circunstancias vinculadas a las personas, tiempo y lugar en que se desarrolla dicha actividad antes de poder calificarla como riesgosa (vgr. ninguna duda cabe de que una actividad realizada en un lugar apropiado puede ser considerada “no riesgosa”, mientras que si el lugar fuera inadecuado la nota de riesgo aparecería en forma indudable) (44). De forma tal que el llamado riesgo circunstancial es significativamente más amplio que el riesgo definido por los medios empleados o por la posibilidad de control.

Aun sin normativa expresa, la jurisprudencia ha reconocido varios casos en que la actividad resulta riesgosa por la circunstancias de su realización (45). Al respecto se ha dicho recientemente (para juzgar la responsabilidad por los denominados juegos de feria, en el caso un toro mecánico) que, más allá de que las opiniones que no consideran subsistente la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial, “lo cierto es que el art. 5 de la ley 24.240 no fue derogado y continúa regulando el deber expreso de seguridad, mientras que los arts. 1716, 1757 y concs. prevén no sólo la responsabilidad por el riesgo inherente a las cosas, sino también por el riesgo de la actividad” (46).

c) *Actividades riesgosas o peligrosas por los medios empleados*:

La actividad es riesgosa o peligrosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere aquella cualidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado la probabilidad de riesgo (47). Se trata de una categoría muy cercana a la anterior (por las circunstancias de realización) y a veces de difícil distinción por sus similitudes.

En la jurisprudencia es posible encontrar algunos antecedentes en los cuales el riesgo ha sido calificado por la cualidad de los medios empleados. Por ejemplo, se ha considerado como una actividad riesgosa la explotación de una playa de estacionamiento en la que el alquiler de un cuatriciclo deficiente y la defectuosa señalización provocó daños a un bañista que se encontraba en el lugar (48).

IV.4. Los legitimados pasivos

El art. 1758 señala como legitimado pasivo para la actividad litigiosa “quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Se siguen aquí las directivas de la doctrina elaboradas al comentar el Proyecto de 1987. Parellada, con adhesión de Goldenberg, sostuvo que a las actividades no le son aplicables las categorías de dueño o guardián de las cosas; y que por ello “quien responde es el que desarrolla la actividad con un poder fáctico, autónomo e independiente de dirección sobre ella” (49). En este sentido son muy claras las explicaciones de Zavala de González, quien afirma que “se apunta no tanto o no siempre al ejecutor material y directo del perjuicio, sino al titular de la actividad de la que el daño puede resultar (normalmente el organizador, explotador, o empresario, aunque la actividad sea desenvuelta materialmente a través de otros). No está en juego, en efecto, la autoría del daño, sino la autoría de un riesgo, por lo cual la génesis de la imputación no reside en el hecho, sino en la esfera de la responsabilidad” (50). Jorge e Ignacio Alterini señalan que mientras el “uso” (de la cosa riesgosa) se refiere a la noción de “guarda material”, la “dirección y el control” atienden a la “guarda jurídica”; la referencia a “quien obtiene provecho” (de la actividad riesgosa o peligrosa) alude a la “guarda provecho” (51). Con relación al denominado “riesgo provecho”, expresamente contemplado en el art. 1758, se ha objetado su incorporación, señalándose que resulta “irrazonable e injusta”, pues la “obtención del provecho” está dissociada de la creación del riesgo o de la realización de la actividad riesgosa, por lo

que la legitimación pasiva debería ajustarse únicamente a quien realiza la actividad riesgosa (52).

Nosotros entendemos que el legitimado pasivo es el “dueño o el guardián” de la actividad; el titular, responsable, generador o explotador de la actividad no siempre está asociado a la condición de propietario o de dueño de una cosa específica e individualizable (vgr. la empresa de remises puede ser responsable por el daño causado por uno de los vehículos afectados a ese servicio, aun sin ser dueña del automóvil). Se trata de trasladar y adaptar a las particularidades de la actividad las tipificaciones del guardián de la cosa. Por ello comprende: a quien la realiza (es decir, quien la ejecuta, aun sin ser su dueño en el sentido de propiedad registral) y que, por lo tanto, tiene naturalmente poder de control y organización; a quien se sirve u obtiene provecho económico o de otra naturaleza, siempre y cuando, vale remarcarlo, el servirse de la actividad o el provecho de ella esté acompañado de la existencia de facultades de organización o imposición de directivas u órdenes (vgr. la empresa láctea que, pese a los contratos de distribución y subdistribución, tiene facultades para imponer las modalidades de prestación del servicio: los camiones todos con el mismo logo, pintados del mismo color, con sistema de cobranza uniforme, etc.).

Creemos que la doctrina y la jurisprudencia precisará el contenido y el alcance del legitimado pasivo, evitando desbordes conceptuales: así como la mera tenencia material es insuficiente para configurar la noción de guardián de la cosa, también es insuficiente atenerse únicamente a la realización, al servirse u obtener provecho de la actividad, lo que necesariamente debe estar acompañado de la facultad de control, dirección o dar directivas o indicaciones para organizar o efectivizar las tareas. No alcanza el realizar, servirse u obtener provecho desprovisto de un cierto poder fáctico y jurídico para imponer medidas tanto para organizar la actividad como para prevenir el daño. Por ello compartimos las críticas que se formularon en su momento al fallo que condenó como guardián al titular de las acciones de la sociedad propietaria de la cosa riesgosa, considerando que se aprovechaba o tenía utilidad de la cosa con fundamento en el aprovechamiento y beneficio económico. De modo que no creemos que podría ser condenada como legitimado pasivo en los términos del art. 1758, CCyC, la empresa dueña o titular de acciones de la sociedad anónima propietaria de la empresa constructora de un shopping center y por las lesiones que sufrió un tercero en un accidente (53).

En el caso “Bogado”, comentado anteriormente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires responsabilizó a la empresa “organizadora” de la “situación peligrosa” (54). Coincidente con esta postura, se resolvió que el Club de Golf resultaba responsable por los daños provocados por

■ NOTAS

(37) PIZARRO, Ramón D., “Tratado de responsabilidad civil objetiva”, cit. p. 581.

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

(39) TS Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Arias de Fernández, Blanca c/ Tagle (h) y Cía SA”, cit.

(40) CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad por actividades riesgosas”, cit. p. 127.

(41) Por cuestiones de espacio no podemos extendernos con la reseña, por lo que remitimos a la efectuada en los trabajos previos mencionados en la nota 1.

(42) TS Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Arias de Fernández, Blanca c/ Tagle (h) y Cía SA”, cit.

(43) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabi-

lidad por daños”, t. IX, *Responsabilidad de la Empresa*, cit. p. 40.

(44) CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las Obligaciones”, Hammurabi, Bs. As., t. II, p. 336.

(45) Remitimos nuevamente a la casuística citada en los trabajos de nota 1.

(46) CNCiv., sala M., “M., M.R. c Parque de la Costa SA y otros”, del 16/07/15, en RCyS, noviembre 2015, p. 112.

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

(48) CCiv. y Com. Necochea, “P. M., H. c V., R. y otros”, del 15/7/2014, en LALEY, 2013-F, 452.

(49) PARELLADA, Carlos, “El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, cit. LALEY, 1987-D, 977, punto

3 A); GOLDENBERG, Isidoro H., “La responsabilidad derivada de actividades riesgosas en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, en JA, 1998-II, p. 552.

(50) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113”, Hammurabi, Bs. As., 1987, p. 58; ídem, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, en JA 1988-I-905; ídem., “Personas, casos y cosas en el Derecho de Daños”, Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 58-66.

(51) ALTERINI, Jorge - ALTERINI, Ignacio en ALTERINI, Jorge (dir.), “Código Civil y Comercial Comentado”, cit., t. VIII, p. 347.

(52) TALE, Camilo, “Observaciones y propuestas de modificaciones del Capítulo de la Responsabilidad civil (Libro II, Título V, capítulo 1) del Proyecto de Código

Civil y Comercial de la Nación”, ponencia presentada a la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, on line en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf, visitado el 15/12/15.

(53) CNCiv., Sala M., “Arroyo Ricardo c. IRSA Inversiones y Representaciones SA”, del 10/7/2001, en JA 2004-I-237, con nota crítica de LAGO, Daniel H., “Responsabilidad del accionista por el daño causado por la sociedad: un fallo preocupante”. En el mismo sentido PIZARRO, Ramón D., “Tratado de responsabilidad civil objetiva”, cit. p. 505 nota 6.

(54) SCBA, “Bogado, Juan Jorge y otro c Toledo, Víctor A. y otros”, cit.

el fallecimiento del encargado de seguridad producto de un disparo, pues la entidad era la “titular del poder de derecho de la actividad riesgosa”, sin que importe que “haya transferido la guarda de la actividad riesgosa a terceras personas, en el caso, a la agencia de seguridad”, que resultaban empleadoras de la víctima (55). Con similar fundamento se responsabilizó al propietario de la obra, a pesar de que la actividad riesgosa había sido ordenada al trabajador por el contratista (56).

V. Actividad riesgosa y actividad “especialmente” riesgosa. La opinión de Pizarro. Nuestro criterio

El distinguido amigo, el jurista cordobés Ramón D. Pizarro se pronunció a favor de una interpretación restrictiva y rigurosa sobre el alcance de la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas y peligrosas (57). Analizando los arts. 1757 y 1758, CCyC, correlacionándolos con los propios del derecho comparado y con los anteriores proyectos de reformas al Código Civil y Comercial, especialmente el denominado Proyecto de 1998, concluye —con citas doctrinarias y remisiones— que “para ser considerada actividad riesgosa es indispensable que la misma tenga una notable intrínseca potencialidad de dañosidad para terceros, o lo que es igual que sea especial o particularmente riesgosa. Por tal motivo, una actividad normalmente inocua, que se torne riesgosa o peligrosa por la conducta de quien la ejerce, no entra en el estándar normativo que nos ocupa. Con ello se quiere significar que no cualquier riesgo que dimane de una actividad será apto para generar la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva estatuido por los arts. 1757 y 1758. Una interpretación en contrario —prosigue— llevaría a incluir en esta tipología la casi totalidad de los supuestos de responsabilidad civil, pues casi no hay actividad que de uno u otro modo no genere riesgos o peligros para terceros. De seguirse una concepción semejante, la inmensa mayoría de los supuestos de responsabilidad por daños debería ser atrapada en dicha normativa, lo cual es inadmisiblemente y carente de antecedentes en el derecho comparado”. Y concluye que “por tal motivo, sin ánimo alguno de minimizar la importancia de la figura —de lo que se trata es de asignarle un ámbito razonable de aplicación—, sostenemos que la actividad riesgosa que prevén los arts. 1757 y 1758 debe ser notablemente peligrosa. O lo que es igual, evidenciar un riesgo grave, importante, relevante, perceptible, circunstancia que debe ser calibrada a la luz de los estándares que rigen la previsibilidad en la causalidad adecuada” (58).

Los argumentos, como se advierte, están sólidamente expuestos y son muy claros y agudos. Pese a ello discrepamos por los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, la norma no distingue. Por ello corresponde partir de una interpretación normativa que se atenga al texto partiendo del principio según el cual “donde la ley no distingue no debemos distinguir”. La hipótesis prevista es claramente

la de las actividades riesgosas o peligrosas calificadas únicamente por las tres modalidades tipificadas expresamente, esto es, “por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”. Estos supuestos no deben ser vistos como una mera clasificación, sino como una concreta tipificación que delimita y circunscribe el concepto de actividad riesgosa o peligrosa (59).

b) La diferenciación entre las actividades peligrosas y riesgosas y las especialmente peligrosas y riesgosas no tenía reconocimiento mayoritario en la doctrina y jurisprudencia anterior que inspiraron el Anteproyecto. Insistimos en una circunstancia decisiva: en este punto el Anteproyecto se apartó expresamente de las previsiones del Proyecto de 1998 que receptaban las categorías de “cosas riesgosas”, “cosas con riesgo propio” y “actividades especialmente peligrosas”, por lo que no procede inspirarse análogicamente en consideraciones argumentales que fueron dejadas de lado. En efecto —y sucintamente— el régimen proyectado en 1998 era el siguiente: tipificaba a las cosas riesgosas (art. 1662) y a la actividad especialmente peligrosa (art. 1665), enumeraba los supuestos equiparados (residuos industriales y radioactivos, art. 1663), y se refería a las cosas sin riesgo propio, mientras que en otros artículos determinaba diversas hipótesis en las que se aplicaba el régimen del riesgo —por caso, el daño causado por animales (art. 1670)—; se establecía un régimen diferenciado en materia de eximentes: en los casos de responsabilidad objetiva (daños causados por cosas riesgosas, por las cosas equiparadas y por actividades especialmente peligrosas) operaba sólo como exoneratoria la culpa de la víctima y no eran invocables la autorización administrativa de uso, el cumplimiento de técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena. Se advierte un régimen riguroso y restrictivo en materia de eximentes. En cambio en las cosas sin riesgo propio, o daños con las cosas, la presunción de culpa del sindicado como responsable requería de éste la prueba de su conducta diligente y previsor; se advierte también que se restringían las nociones de cosa riesgosa y de actividades especialmente peligrosas, acotándose los supuestos fácticos comprendidos en esos supuestos (limitado a las cosas que causan daños frecuentes y graves).

Por lo demás, y concordantemente, el nuevo Código suprimió la categoría intermedia de “daños con las cosas”. Por ello, la distinción entre “actividades riesgosas y peligrosas” y “actividades especialmente riesgosas y peligrosas” por su aptitud para producir daños frecuentes y graves, trasladaría el debate a la calificación del riesgo de las cosas y reactualizaría la discusión doctrinaria que suscitó en este tema el Proyecto de 1998, ahora superada, que procuraba clasificar el riesgo para reducir su ámbito de aplicación (vgr. cosas con riesgo propio o impropio, con riesgo habitual u ocasional, etc.). (60)

El reconocimiento de responsabilidad objetiva sólo para la actividad especialmente riesgosa o peligrosa que produce daños frecuentes y graves importa incorporar una tercera categoría, reconocida en el Proyecto de 1998 (responsabilidad subjetiva por actividades que no son especialmente riesgosas y peligrosas), especialmente dejada de lado en el Código Civil y Comercial. Si siguiéramos este razonamiento, alteraríamos el sistema normado por el nuevo Código, el que quedaría configurado según el esquema siguiente: responsabilidad subjetiva con fundamento en el dolo o culpa; responsabilidad subjetiva por actividades que no son especialmente riesgosas y peligrosas; y responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de las cosas y por actividades especialmente riesgosas y peligrosas, porque producen daños frecuentes y graves. Tal resultado nos parece contrario a la letra y al espíritu del Código.

c) Por lo demás, la entendible y compartida preocupación de que se desborde inapropiadamente la responsabilidad objetiva por la actividad de riesgo o peligro encuentra su adecuada valla de contención en la elaboración de parámetros o estándares que eviten las desmesuras permitiendo al sindicado como responsable de la prueba no sólo de la inexistencia del hecho, de la ruptura del nexo causal, “sino negando la calificación de un obrar como riesgoso y reclamando la inaplicación del art. 1757, CCyC” (61), o sea demostrando que no fue la actividad la causante del daño o que en el caso no actuó el riesgo de la actividad, o —directamente— que no medió intervención de la actividad riesgosa o peligrosa.

Por otra parte, la inquietud que se generó frente a la extensión desmedida de la responsabilidad objetiva en caso de cosas riesgosas o viciosas, que condujo a que en el sistema derogado existiera una tercera categoría híbrida (daños con las cosas), no produjo finalmente los efectos nocivos que se temían y se verificó la inaplicabilidad práctica en la jurisprudencia de ese supuesto de culpa presumida.

d) En fin, nos parece que la interpretación que no compartimos generaría mayor inseguridad e imprecisión en el emplazamiento normativo de los hechos, ya que se agregaría un presupuesto fáctico y jurídico adicional que debería probar el actor: que la actividad que produjo el daño era “especialmente” peligrosa o riesgosa, conforme el parámetro propuesto (su aptitud para causar daños frecuentes y graves). De no acreditarse ese extremo la demanda prosperaría si se acredita la culpa del sindicado como responsable. Es decir, no habría *a priori* precisión en la actividad probatoria de la víctima que, salvo casos excepcionales reputados siempre como generadores de daños frecuentes y graves (como el caso de la actividad nuclear), debería prever el doble emplazamiento normativo (responsabilidad objetiva en el primer caso, subjetiva en el segundo). Recordemos que en el régimen vigente la carga de la prueba incumbe siempre al responsable presunto que puede

acreditar ampliamente su ausencia de responsabilidad, por aplicación de las reglas de la responsabilidad objetiva.

VI. Consideraciones adicionales

VI.1. Actividad peligrosa y responsabilidad colectiva

Entre los casos de responsabilidad colectiva tipificadas por el Código Civil y Comercial, el art. 1762 reglamenta la actividad peligrosa de un grupo disponiendo que “si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo”. Como lo señala Calderón, en el caso de grupos de riesgo, el fundamento de la responsabilidad es el riesgo creado por la actividad grupal, en la que además se prescinde de la autoría individual (62). Destaca Parellada que la norma se refiere “no al daño cuya autoría en concreto se ignora, sino al supuesto en que un grupo desarrolla una actividad peligrosa para terceros que causa un daño por la actividad conjunta de los miembros del grupo”. En la actividad riesgosa del grupo se “prescinde de la consideración de cada una de las conductas individuales, porque existe una unidad o indivisibilidad de la acción que constituye la causa del daño” (63). Señalan otras autoras que “se le atribuye la responsabilidad a la actuación grupal por ser creadora de riesgo para terceros. Por ejemplo, si el daño deriva de la actividad violenta que se produce en el curso de una manifestación pacífica, el grupo de riesgo no es conformado por los manifestantes, sino por quienes desarrollaron la conducta violenta” (64).

VI.2. Actividad riesgosa y responsabilidad objetiva

No parece redundante recordar que para las actividades riesgosas o peligrosas rigen todos los requisitos de la responsabilidad objetiva aplicables al riesgo o vicio de las cosas (las eximentes, la carga de la prueba, etc.). La prueba del “no riesgo de la cosa o de la actividad” requiere la acreditación de la ausencia de relación causal, pues para excluir la responsabilidad del sindicado como responsable resulta insuficiente la prueba de la conducta diligente (65). En definitiva, la actividad riesgosa o peligrosa no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad objetiva ni sustituir las reglas de la causalidad jurídica por la mera causación material o fáctica (66). ●

Cita on line: AR/DOC/751/2016

! MÁS INFORMACIÓN

Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”. LA LEY, 2015/08/12, p. 1.

Galdós, Jorge M., “El art. 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113 Código Civil)”, RCyS 2015-IV, 176.

{ NOTAS }

(55) CNCiv., sala B, “Gómez, Pedro R c Albo Asip SA”, cit.

(56) CNTrab., sala V, “Morán Acosta, Francisco c. Lorenzón, Artemio y otros”, cit.

(57) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, en LA LEY del 12/8/2015, p.1; ídem, “Tratado de la Responsabilidad objetiva”, La Ley, Bs As, 2015, t. I, p. 579 y ss.

(58) Las citas corresponden a PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código”, cit.

(59) Conf., CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad por actividades riesgosas”, cit. p. 127.

(60) Transcribimos los artículos más importantes que trataban la cuestión. Art. 1661: *Hecho de las cosas y actividades*. Toda persona responde por el daño causado con intervención de cosas de las que se sirve o tiene a su cuidado, o por la realización de actividades especialmente peligrosas; Art. 1662: *Cosa riesgosa*. Se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, o por sus propias calidades, o por las circunstancias en que es utilizada; Art. 1665: *Actividad especialmente peligrosa*... Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves. Queda a salvo lo dispuesto por la

legislación especial. El art. 1663 establecía que estaban equiparados a cosa riesgosa los residuos industriales actual o potencialmente peligrosos y los radioactivos... El art. 1667 (*Cosa sin riesgo propio*) preveía que el guardián es responsable por los daños causados por una “cosa que carece de riesgo en los términos del art. 1662” y se eximía total o parcialmente con la prueba de la actuación dirigente... Ver también arts. 1663, 1664, 1667 y conec.

(61) Conf., CALDERÓN, Maximiliano R. - MÁRQUEZ, José F., “Responsabilidad por actividades riesgosas”, cit. p. 127.

(62) CALDERÓN, Maximiliano R., “Factores de atribución de responsabilidad civil”, en MÁRQUEZ, José F. (dir.), “Responsabilidad civil en el Código Civil

y Comercial”, cit., p. 203.

(63) PARELLADA, Carlos A., “Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión decreto n° 191/2011”, en RCyS 2012-X, p.5.

(64) TANZI, Silvia - CASAZZA, María S - “Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial”, en LA LEY, 2015-A, 745.

(65) CERUTTI, María del Carmen, “La responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades riesgosas”, cit. especialmente punto 2. *Eximentes*.

(66) Ver VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Prueba de la culpa, de los criterios objetivos y de la relación de causa a efecto”, cit.

BIBLIOGRAFÍA



Título: Régimen de jubilaciones y pensiones

Autores: Fernando H. Payá (h.) y María Teresa Martín Yáñez

Editorial: Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ª edición ampliada y actualizada, 2 tomos, 2015

Los autores nos presentan la Quinta Edición de su obra “Régimen de jubilaciones y pensiones. Análisis crítico del Sistema Integrado Previsional Argentino (leyes 24.241 y 26.425) y regímenes especiales”, ampliada y actualizada.

En nuestra materia tenemos quienes se inician en su estudio y otros con la experiencia que dan los años de trabajo. Para los primeros, esta obra les permitirá comprender la estructura legal de la Previsión Social Argentina de los últimos cien años, ahorrándose el trabajo de bucear en una legislación abigarrada e inconexa. La obra describe a nuestra disciplina tanto en el plano mundial como nacional, pasa revista y analiza sus numerosos aspectos, con la solvencia que les da a los autores haber trabajado intensamente en este campo. Para los más experimentados, la obra sirve para estudiar, comprender, analizar y actualizar los temas previsionales, tanto desde el

punto de vista normativo, como en el aspecto jurisprudencial, sea a nivel judicial como administrativo.

Naturalmente, me siento identificado con el trabajo que han hecho, porque estoy dentro de quienes les interesa ordenar y difundir la Previsión Social Argentina en todos los ámbitos posibles y facilitar la comprensión de su contenido, sobre la base de una exposición tan bien estructurada y de notable claridad como la de esta obra.

Si bien hemos militado en distintos carriles en el gran tema de “Reparto” o de “Capitalización Individual”, ello no es óbice para destacar

el sobresaliente trabajo realizado por los autores.

No me caben dudas de que esta obra será de uso indispensable para estudiantes, profesionales y miembros del Poder Judicial argentino.

La cuidada edición de esta obra en dos tomos de más de mil quinientas páginas lleva el sello de la Editorial Abeledo Perrot.

Guillermo J. Jáuregui

Cita on line: AR/DOC/796/2016

JURISPRUDENCIA

Extradición

Existencia de hijos del requerido. Facultades de los jueces. Derecho del niño a ser oído.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: El juez federal concedió la extradición de la requerida a España para ser sometida a proceso por el delito de robo con violencia y uso de armas en casa habitada. La defensa oficial interpuso recurso ordinario de apelación solicitando que se declare inválida la sentencia por haberse dictado sin acto procesal alguno que garantizara el

derecho de las hijas de aquella, menores de edad, a ser oídas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión.

1.- La mera invocación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño es insuficiente *per se* para fundar un planteo de nulidad de la sentencia que hace lugar a la extradición, máxime cuando la parte no se hace cargo de que el precepto convencional consagra que el derecho del niño a ser oído debe efectuarse “en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional” y la aplicable al procedimiento de extradición no regula la intervención del niño hijo del progenitor sometido al trámite.

2.- Cada una de las autoridades estatales que intervienen durante el “trámite judicial”, como las que intervendrán en el procedimiento de extradición, debe velar por hacer efectivo el “interés superior del niño” a cargo de la persona requerida, estudiando, en la oportunidad y bajo la modalidad que mejor se ajuste a las particularidades del caso y en forma sistemática, cómo los derechos y los intereses de aquél pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que sobre la integridad del menor pudiera generar la concesión de la extradición de su progenitor, ello para

resguardar la responsabilidad del Estado y el deber de garantía que emana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

119.072 — CS, 16/02/2016. - C. L., P. s/ extradición.

Cita on line: AR/JUR/214/2016

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 02/03/2016, p. 8, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

NOTA A FALLO

Intereses comunes vs. interés superior del niño en un caso de extradición

SUMARIO: I. Introducción. — II. Breves apuntes sobre la extradición. — III. Los hechos del caso. — IV. La decisión de primera instancia. — V. Fundamentos de la apelación. — VI. El dictamen de la Procuradora General de la Nación. — VII. El fallo de la Corte Suprema. Análisis del caso: los intereses y principios en juego. — VIII. A modo de colofón.

Luciana B. Scotti

I. Introducción

En esta oportunidad, nos toca analizar una interesante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

En efecto, se trata de un caso de extradición requerida a Argentina por parte de España, en donde el marco normativo

principal para resolverlo es el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España, suscripto el 3 de marzo de 1987.

La principal cuestión controvertida, tal como veremos, reside en dilucidar si la situación de las hijas menores de la procesa-

da es una pauta determinante en el juicio de extradición en su contra.

Podemos adelantar que se presenta un delicado conflicto de intereses, derechos, principios y valores.

II. Breves apuntes sobre la extradición (1)

Antes de analizar el caso que nos ocupa, realizaremos una breve introducción sobre el instituto de la extradición: ¿Qué

es? ¿Quiénes son los sujetos involucrados? ¿Cómo es el procedimiento? ¿Cuáles son sus principios, requisitos y excepciones?

La extradición es un instituto que representa la máxima expresión de la cooperación jurídica internacional entre Estados (2) en materia de lucha contra el delito. Es el instrumento que permite a un Estado detener y entregar a una persona que se encuentra en su territorio a otro Estado que lo requiere a los efectos de afectarlo a una investigación en curso o para que cumpla una condena impuesta.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido a este instituto en los si-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Puede consultarse la información del sitio: <http://www.cooperacion-penal.gov.ar>.

(2) El instituto de la cooperación “consiste en la entreauda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que —a ese efecto— se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo” Cfr. DREYZIN de KLOR, Adriana, “La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la integración”, en OROPEZA GARCÍA, Arturo (coord.) *Latinoamérica*

frente al espejo de su integración (1810-2010), Secretaría de Relaciones Exteriores, UNAM, México, 2010, p.264. También disponible en: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2923/19.pdf>. En asuntos penales, la cooperación solicitada se efectúa, generalmente, a fin de clarificar las circunstancias de un hecho ilícito, identificar al autor o autores, y someterlo a su jurisdicción. A título de ejemplo, el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales (MERCOSUR/CMC/ DEC. N°2/96) indica que dicha asistencia comprenderá: a) Notificación de ac-

tos procesales; b) Recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; c) Localización o identificación de personas; d) Notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente; e) Traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud, conforme al presente Protocolo; f) Medidas cautelares sobre bienes; g) Cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes; h)

Entrega de documentos y otros elementos de prueba; i) Incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar; j) Aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales que impongan indemnizaciones o multas; y k) Cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines de este Protocolo que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido (art.2). Por su parte, el art. 1º de la ley 24.767 establece el principio de “Amplia y Pronta Cooperación”: ante una solicitud de asistencia cursada por una autoridad competente extranjera, en las condiciones determinadas en la LCI —siempre

guientes términos: "...la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados, y eventualmente castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos (...) El criterio judicial en el trámite de extradición debe ser favorable al propósito de beneficio universal que tiende a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, no admitiendo, por tal circunstancia, otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en leyes y tratados..." (3).

Ahora bien, esta peculiar forma de cooperación tiene principios y procedimientos que le son propios.

En nuestro país, contamos con diversas fuentes normativas. En primer lugar, destacan los tratados internacionales en la materia (4), tal como el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España de 1987, que es el marco jurídico del caso que nos ocupa.

En segundo lugar, nuestro país ha aprobado el 18 diciembre de 1996 la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal (LCI), promulgada de hecho el 13 de enero de 1997 (5). Un significativo porcentaje de su contenido se destina a regular la llamada extradición pasiva (cuando Argentina es el Estado requerido), pero también tiene disposiciones sobre extradición activa (Argentina es el Estado requirente), asistencia jurídica pasiva y cumplimiento de condenas.

La solicitud de extradición, tradicionalmente, se gestionaba por la vía diplomática. Sin embargo, actualmente, en el marco de los tratados vigentes, se tramita a través de las denominadas autoridades centrales, designadas por los Estados para el diligenciamiento de las solicitudes que se intercambien. En nuestro país, la encargada de estas tareas es la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Estos pedidos, en líneas generales, deben contener información sobre la autoridad que emite el pedido, sobre el proceso en el que se emite, sobre la persona a la que se refiere el pedido, la descripción del hecho que se investiga, una explicación sobre la participación del reclamado en el hecho, su calificación, la transcripción de las normas que tipifican el delito imputado y que establecen la escala penal, la declaración sobre prescripción y, en caso de no existir tratado vinculante, el ofrecimiento de reciprocidad (6).

En un supuesto de extradición pasiva, como el que estamos analizando, aquélla es solicitada por un Estado a instancia de sus autoridades jurisdiccionales. En este caso, el Reino de España.

En primer término, deberá considerarse si existe un tratado aplicable, tal como sucede con el que vincula a la República Argentina y al Reino de España desde 1987. Este Tratado, establece, entonces, las condiciones de procedencia, improcedencia y de rechazo de la extradición. En este supuesto, las normas de la ley 24.767 servirán para interpretar el texto del Tratado y se aplicará supletoriamente en todo lo que no esté especialmente regulado en aquél (art. 2, ley 24.767).

Es dable señalar que la ley 24.767 establece las reglas de procedimiento aplicables a todas las solicitudes de extradición que recibe Argentina; y sólo en los casos en que no exista tratado, además establece las condiciones de fondo bajo las cuales se concederá la extradición (7).

En segundo término, deberá analizarse que la conducta tipificada por el delito que fundamenta la solicitud de extradición esté también tipificada por nuestra legislación (principios de doble incriminación o doble subsunción. Art. 6, LCI). Además deberá tenerse en cuenta que no todos los delitos son extraditables, ya sea por sus características (los delitos políticos y los conexos a los políticos, los delitos exclusivamente militares, los sometidos a pena de muerte si el Estado no diere seguridades de que no será aplicada) o por no alcanzar los mínimos previstos de pena. Tampoco procederá la extradición si está motivada en procesos que tramitan ante comisiones especiales, tribunales de excepción o que evidencien motivos persecutorios, cuando medien motivos fundados para suponer que las personas involucradas en el proceso que origina la solicitud serán sometidas a torturas o penas crueles, o ante la existencia de especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales para la Argentina (arts. 8, 9 y 10, LCI).

Asimismo, el pedido será rechazado cuando la acción penal o la pena estuviesen extinguidas según la ley del Estado requirente, o el reclamado ya hubiese sido juzgado en Argentina o en otro país por el mismo hecho, o la persona hubiese sido considerada inimputable por la edad según la ley argentina, o la condena hubiese sido dictada en rebeldía y el Estado requirente no diere seguridades de la reapertura del caso y el dictado de una nueva sentencia, o el Estado requirente no diese seguridades de computar el tiempo de detención que demandó el trámite de extradición siempre que esta condición esté expresamente considerada en el tratado aplicable (art. 11, LCI).

Cabe señalar, para una mejor comprensión del caso en estudio, que en Argentina el procedimiento de extradición es mixto, pues está dividido en tres etapas: la primera (Etapa o Trámite Administrativo) y la última (Decisión Final) a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, y la intermedia (Etapa

o Trámite Judicial) a cargo del Poder Judicial.

En la primera etapa, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional (Ministerio de Relaciones Exteriores) efectúa un primer control donde verifica: que el reclamado no sea un refugiado, la existencia u ofrecimiento de reciprocidad y la inexistencia de causales de improcedencia (razones de soberanía, intereses esenciales de la Nación, etc.). Además, evalúa preliminarmente el cumplimiento de los requisitos formales y si faltare alguna documentación o información se solicitará al Estado requirente que subsane las falencias con carácter urgente (arts. 19 a 25, LCI).

En una segunda etapa (trámite judicial) será competente para entender en un proceso de extradición el Juez Federal de turno en el lugar de residencia del reclamado. Para el caso en que el reclamado no se encontrare ya detenido (detención preventiva con fines de extradición), el juez interviniente ordenará su detención como primera medida (arts. 26 a 34, LCI).

Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención, el juez citará a audiencia al detenido, lo identificará y le informará los motivos del arresto, los detalles de la solicitud, lo invitará a designar defensor y consultará al detenido si presta su conformidad a la entrega, pudiendo éste reservar su respuesta para el momento del proceso que crea oportuno.

Si el reclamado prestara su consentimiento libre y expreso, el juez resolverá sin más trámite autorizando la entrega, sin resultar necesario aguardar la formalización de la solicitud de extradición toda vez que el traslado es voluntario.

Si la causa está en condiciones, se fijará fecha para el debate; de lo contrario, se suspenderá el proceso por treinta días para que el Estado requirente aporte la documentación faltante. Cabe destacar que durante el debate no resultará posible cuestionar la existencia del hecho, la culpabilidad del reclamado, la validez de la prueba que fundamenta la imputación o de los actos procesales cumplidos en el proceso de origen toda vez que el proceso de extradición no es un proceso penal en sentido propio.

Finalizada la audiencia de debate, el juez resolverá si la extradición es procedente. La sentencia es susceptible del recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema. La decisión de nuestro máximo tribunal será comunicada al Ministerio de Relaciones Exteriores. Si la sentencia fuera negativa, éste notificará al Estado requirente y el trámite quedará finalizado. En cambio, si es positiva, se remitirá copia de las actuaciones judiciales para iniciar la última etapa.

En la etapa de Decisión Final (arts. 35 a 39, LCI), ante sentencia judicial afirmativa,

el Poder Ejecutivo puede denegar la entrega si en ese momento se hicieran aplicables las causales de improcedencia (seguridades de reciprocidad, razones de soberanía, intereses esenciales de la Nación, etc.).

Pero si, dentro de los diez días hábiles contados desde la recepción de las actuaciones, aquél no se pronuncia expresamente en contra de la decisión judicial, se entenderá que la extradición ha sido concedida definitivamente.

Regularmente, cuando no hay impedimentos que obsten la entrega del reclamado, éste quedará en condiciones de ser trasladado por el plazo previsto en el tratado aplicable o en la fuente interna, según corresponda.

Ahora bien, si vencido el plazo no se ha verificado la entrega del reclamado, éste será puesto en libertad y el Estado requirente no podrá reproducir la solicitud de extradición.

A los fines del fallo que nos ocupa en esta oportunidad, es importante señalar que la entrega del reclamado puede ser postergada cuando éste se encontrare sometido a proceso penal ante la justicia de nuestro país, o cuando estuviere cumpliendo efectivamente una pena privativa de la libertad ya impuesta, o cuando el traslado resultare peligroso para la salud del requerido o de terceros a causa de una enfermedad, hasta que se supere ese riesgo (art. 39, LCI).

A su turno, el Tratado con España en su art. 19 contiene una disposición similar que permite aplazar la entrega: 1. Si la persona reclamada se encontrare sometida a procedimiento o condenas penales en la Parte requerida, la entrega podrá postergarse hasta que deje extinguidas esas responsabilidades en dicha Parte, o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con la Parte requirente; 2. Cuando el traslado pusiere seriamente en peligro la vida o la salud de la persona reclamada, la entrega podrá ser postergada hasta que desaparezca tal circunstancia, 3. También se podrá aplazar la entrega del reclamado cuando circunstancias excepcionales de carácter personal y suficientemente serias la hicieren incompatible con razones humanitarias.

III. Los hechos del caso

P. C. de L. es requerida por el Reino de España para ser sometida a proceso por el delito de robo con violencia y uso de armas en casa habitada.

La procesada reside en Argentina y es madre de dos hijas de nacionalidad argentina, que, en la actualidad, ya tienen 11 y 18 años de edad.

CONTINÚA EN PÁGINA 8

{ NOTAS }

y cuando éstas no estén ya establecidas en un Tratado vigente—, el otorgamiento de la asistencia revisa el carácter de una obligación para las autoridades argentinas que viene impuesta no sólo por la práctica uniforme de las naciones o la costumbre internacional sino por la propia normativa interna del país. En virtud de este principio, la ley argentina de LCI, prevé el otorgamiento de asistencia aun cuando el caso recaiga también bajo jurisdicción argentina (art. 5º). Además, se eliminan las formalidades de legalización para los documentos remitidos por la vía diplomática, se declara presumida la veracidad de los contenidos de esos documentos y la validez de los actos incluidos en ellos (art. 4º).

(3) CS, "Gómez Gómez, Alfredo y González, Sebastián Ignacio s/ extradición", del 16/10/2001, Fallos: 324:3484.

(4) Existen diferentes tipos de Tratados en esta materia. En un primer grupo, encontramos aquellas convenciones específicas de alcance bilateral sobre asistencia en materia penal y extradición. Argentina ha suscripto estos tratados con: Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Países Bajos, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Suiza, Uruguay. Otro grupo lo conforman los Tratados regionales. Entre ellos, destacan: el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR, el Acuerdo de Asistencia Mutua en Asuntos Penales del MERCOSUR, Bolivia y Chile, el Tratado de Derecho Penal Internacional Montevideo 1889, el Tratado Interamericano de Extradición. Finalmente, tenemos las convenciones multilaterales de lucha contra un grupo determinado de delitos:

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

(5) Antes de la vigencia de la ley 24.767, la legislación que regulaba las relaciones de cooperación internacional en materia penal de la Argentina databa de 1885. Se trataba de la ley 1612 que se ocupaba únicamente del instituto de la extradición.

(6) En el art. 3º de la ley 24.767 se establece el "Principio de Reciprocidad" como principal condicionamiento para otorgar la asistencia, ante la ausencia

de tratado que la prescriba. Es decir, la extradición sólo puede proceder cuando el Estado requerido obtiene del Estado requirente la seguridad de que éste le entregará a un fugitivo perseguido por los mismos hechos y con las mismas cualidades personales que el perseguido cuya extradición se solicita.

(7) El art. 2º de la ley 24.767, establece el "Principio de Subsidiariedad" toda vez que: "Si existiera un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, sus normas regirán el trámite de la ayuda. Sin perjuicio de ello, las normas de la presente ley servirán para interpretar el texto de los tratados. En todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará [subsidiariamente], la presente ley".

VIENE DE PÁGINA 7

P. C., con anterioridad, había sido privada de la libertad: entre el 5 de marzo de 2013 y el 4 de junio de 2013 y, luego, desde el 29 de julio de 2013 hasta el 16 de octubre de 2013, fecha en que fue nuevamente excarcelada bajo caución real con prohibición de salir del país.

Asimismo, cabe señalar que los coimputados en la misma causa fueron absueltos judicialmente. Por otro lado, la víctima del atraco exoneró a la imputada y se ofreció a testificar a su favor en caso de ser necesario.

IV. La decisión de primera instancia

El juez subrogante a cargo del Juzgado Federal de Campana, Provincia de Buenos Aires, concedió su extradición al Reino de España por los delitos mencionados, de acuerdo a los arts. 237 y 242, incs. 1, 2 y 3 del Código Penal español.

V. Fundamentos de la apelación

La defensa de la requerida interpuso recurso ordinario de apelación contra la sentencia de primera instancia, sustentado en dos agravios. En primer lugar, argumentó que la decisión de primera instancia fue adoptada sin contemplar la situación de las hijas menores de edad de la requerida y sin respetar su derecho a ser oídas en el juicio, en violación de lo previsto en los arts. 3 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño (8).

En segundo lugar, la impugnante cuestionó lo decidido en razón de que el pedido formulado por España no satisfacía acabadamente los requisitos previstos en el art. 15.2.a del Tratado de Extradición aplicable, ya que no se habría acompañado el auto de apertura a juicio, más allá del auto de prisión. Adujo que ese extremo adquiriría aquí la mayor relevancia, pues las constancias incorporadas por la defensa con posterioridad a la presentación del país requiriente obligaban a examinar la seriedad del pedido.

VI. El dictamen de la Procuradora General de la Nación

En primer lugar, la Procuradora General de la Nación, Alejandra M. Gils Garbó, hace referencia a dos precedentes de la Corte en autos “Lagos Quispe” (28/05/2008) y “Vanessa López” (15/06/2010), que han ratificado que la extradición es una causal de separación entre padres e hijos que en principio no resulta objetable a la luz de la Convención de los Derechos del Niño.

Sin embargo, considera que, en situaciones de extraordinaria gravedad, las autoridades judiciales deben efectuar un análisis previo en el que se pondere la proporcionalidad de esa injerencia en el círculo familiar de la persona requerida. Entiende que esa proporcionalidad garantiza la mejor ponderación imaginable ante un conflicto entre derechos fundamentales, o entre derechos fundamentales y otros intereses constitucionalmente reconocidos.

La Procuradora advierte que en una extradición se produce la separación del progenitor de sus hijos, pues es poco probable que éstos acompañen a aquél a su lugar de

destino. Se trata, entonces, de una decisión que, sin duda, impactará negativamente en la vida cotidiana y en el desarrollo de la personalidad de esos niños.

Si bien el deber de asignar al interés superior del niño una “consideración primordial” no podría entenderse como una preeminencia general y *a priori*, pues ello equivaldría a descartar todas las extradiciones de aquellos progenitores de niños, niñas y adolescentes; atento a las particularidades del caso bajo análisis, la Procuradora estima recomendable que los magistrados de la instancia anterior profundicen en la indagación sobre las consecuencias concretas que las niñas experimentarán con motivo de la partida de su madre.

Además, advierte que la lectura del expediente no permite saber si las niñas viven en una familia monoparental, si asisten a la escuela, si dependen económicamente sólo del aporte de su madre, si padecen alguna enfermedad o discapacidad, etc.

En suma, la Procuradora sostiene que la decisión cuestionada no ha avanzado sobre cuestiones cruciales para determinar la gravedad de la interferencia y ello impide analizar seriamente la proporcionalidad del traslado.

VII. El fallo de la Corte Suprema. Análisis del caso: los intereses y principios en juego

La Corte Suprema sostiene, en primer término, que la mera invocación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño es insuficiente *per se* para fundar un planteo de nulidad como el que se persigue, máxime cuando las normas de procedimiento aplicables al juicio de extradición no regulan la intervención del niño hijo del progenitor sometido al trámite.

Por otro lado, afirma que el mérito de la prueba para el sometimiento a proceso del requerido en el extranjero se satisface con la confianza recíproca de los países contratantes al reputar suficiente que el pedido de extradición sea acompañado por el “auto de procesamiento, prisión o resolución análoga” emitido “según la legislación de la parte requirente”.

Agrega que la alegación de que dos co-procesados fueron absueltos en el proceso extranjero y que la víctima del hecho habría desvinculado a la requerida de su comisión remiten al examen de cuestiones que conciernen al fondo del proceso extranjero y que han de dilucidarse en esa sede, ya que el trámite de extradición no constituye un juicio en sentido propio, pues no involucra en el régimen legal y convencional aplicable el conocimiento del proceso en el fondo, ni decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido en los hechos que dan lugar al reclamo.

En cuanto a las consideraciones vertidas por la Procuradora General de la Nación, la Corte señala que el Tratado de Extradición no contempla, entre las causales para “no conceder” (arts. 5º, 9º, 10 y 12), “rehusar” (art. 7º) o “denegar” (art. 11) la extradición, razones de índole humanitaria como las que se invocan, sólo la posibilidad de “aplazar la entrega del reclamado”, si existieran “circunstancias excepcionales de carácter personal y suficientemente serias” que hi-

cieran que la “entrega” fuera “incompatible con razones humanitarias” (art. 19, inc. 3º).

Esa competencia debe ser ejercida por la autoridad competente del Estado requerido de conformidad con los principios de orden público interno, que suelen reflejarse normativamente en la reglamentación sobre extradición de que dispone la fuente interna.

Según el derecho interno, la postergación de la entrega tiene lugar en la etapa de la “Decisión Final” (arts. 35 a 39) y se encuentra a cargo del Poder Ejecutivo Nacional, una vez recaída la sentencia definitiva, entendida como sentencia jurisdiccional firme (art. 34 de la ley 24.767).

Por todo ello, no sólo resulta ajeno al juez de la extradición sino, además, meramente conjetural e hipotético el control de proporcionalidad que propicia la Procuradora, toda vez que no existe acto de autoridad estatal sobre el cual efectuar ese control, desconociéndose, por ende, cuál es la “decisión final” que adoptará el Poder Ejecutivo nacional no sólo sobre la concesión de la extradición sino, además, en caso afirmativo, sobre la “partida de su madre” o el “traslado” y, en su caso, las modalidades en que esa medida se llevaría a cabo.

La Corte destaca la flexibilidad que tiene ese Poder del Estado en la etapa de “decisión final” del procedimiento a cargo de las relaciones internacionales (art. 99, inc. 11, Constitución Nacional) para el diseño de soluciones que, en función de las circunstancias existentes al momento de la toma de decisión, permitan conjugar los distintos intereses en juego en este tipo de procedimientos.

Además, pone de relieve que no sólo es el juez de la extradición, durante el “trámite judicial”, el que puede y debe velar por hacer efectivo el “interés superior del niño”, sino también cada una de las demás autoridades estatales que intervinieron durante el “trámite judicial” como las que intervendrán en lo que resta del procedimiento de extradición, en las sucesivas decisiones y medidas que adopte, quienes deberán estudiar, en la oportunidad y bajo la modalidad que mejor se ajuste a las particularidades del caso y en forma sistemática, cómo los derechos y los intereses de los menores a cargo de personas requeridas pueden verse afectados, recurriendo a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que, sobre la integridad del menor pudiera, a todo evento, generar la concesión de la extradición de su progenitor.

En consecuencia, la Corte Suprema decidió confirmar el fallo recurrido en cuanto declaró procedente la extradición de P. C. de L. al Reino de España para ser sometida a proceso por el delito de robo con violencia y uso de armas en casa habitada.

Tal como podemos ver, en este caso se presenta un conflicto entre dos intereses, ambos dignos de protección jurídica. Por un lado, los intereses comunes, públicos que favorecen la extradición de P. C. para que sea juzgada y eventualmente condenada en el Estado que tiene jurisdicción para ello. En definitiva, estamos ante un instituto que procura la cooperación interestatal para evitar la impunidad de los delitos, sin

perjuicio del debido reguardo de los derechos fundamentales comprometidos. Por otro lado, el interés superior del niño, en este caso el de las hijas de la imputada (al menos de la más pequeña, que aún es menor de edad).

La extradición de la madre a España conlleva, en cualquier caso, una afectación de los derechos de sus hijas, pues implica un desmembramiento del entorno familiar. Además, recordemos que ese interés está plasmado en derechos y garantías, dentro de los que destaca el derecho a ser oído “en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional” (art. 12.2 Convención sobre los Derechos del Niño).

En primer lugar, es necesario afirmar que la protección de los derechos y garantías del niño no excluye la posibilidad de que se haga lugar a la extradición del imputado. De lo contrario, los Estados estarían inhabilitados de solicitar la entrega de toda persona que tuviera hijos menores de edad.

Ahora bien, la extradición es un instituto que tiene una serie de requisitos y condiciones legales para que proceda. Asimismo, existen varias excepciones para declarar su improcedencia o rechazo. Las exigencias así como los límites a la extradición están expresamente previstos en los tratados en la materia y en su defecto, en la ley 24.767.

La propia Convención sobre Derechos del Niño justifica la separación de padres e hijos cuando “sea el resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos” (art. 9.4).

El mismo convenio, de jerarquía constitucional en Argentina, obliga en estos supuestos a los Estados partes a: “...proporcionar, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño” y “...se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas” (art. 9.4).

Como bien destaca Néstor Solari, con motivo de analizar un caso similar, “la separación del niño con alguno de sus padres será una decisión que exigirá... por parte de los órganos del Estado, instrumentar las medidas conducentes para efectivizar el contacto y la comunicación entre ellos... se deberá, entonces, determinar si es más conveniente para el menor acompañar a su padre al Estado requirente, permanecer en la Argentina o, en última instancia, no hacer efectivo el traslado de su padre... las variables y circunstancias fácticas que se presenten en la causa, modificarán la solución que deba tomarse al respecto” (9).

Tampoco puede olvidarse que la misma Convención sobre Derechos del Niño en su art. 3.1 dispone que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esto nos lleva a concluir que en el procedimiento de extradición, también deberá atenderse a esa “consideración primordial”.

{ NOTAS }

(8) Los arts. 3.1 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño establecen que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legisla-

tivos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, y que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un re-

presentante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”.

(9) SOLARI, Néstor E., “Extradición y derechos del niño”, LALEY, 2008-E, 52.

Y que por ello, los niños involucrados deben ser escuchados, porque la decisión que se adopte los afecta directa o indirectamente.

Sin embargo, encontramos respuestas discordantes respecto al momento en que, principalmente, deben tenerse en cuenta esos extremos y resguardarse esas garantías.

Para la defensa y para la Procuradora, las niñas debían ser oídas en la etapa judicial; y considerando el interés superior de aquéllas, es el Poder Judicial el que debe adoptar las medidas necesarias para preservar los derechos a mantener el vínculo y la comunicación paterno-filial.

En cambio, para el juez de primera instancia así como para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estas consideraciones deben ser hechas por el Poder Ejecutivo a la hora de la decisión final.

Cierto es que ni el Tratado argentino-español aplicable ni la ley 24.767 contemplan expresamente el interés superior de los hijos de quien se solicita la extradición a los fines de incidir de un modo u otro en la decisión de extraditar.

Y en todo caso, las excepciones que podrían encuadrar la necesidad de considerar la opinión y el bienestar de estos niños son aquellas que debe analizar el Poder Ejecutivo. Nos referimos al art. 10 de la LCI que establece que: "Tampoco procederá la extradición cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos otros intereses esenciales para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido".

Tales apreciaciones sólo las puede hacer el Poder Ejecutivo en la primera etapa o trámite administrativo (art. 21, LCI(10)) o en la Decisión final, aun cuando el tribunal judicial hubiese declarado procedente la extradición (art. 36, LCI(11)).

Por el contrario, el art. 30 dispone explícitamente que en el juicio no se podrá discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido, restringiéndose el debate a las condiciones exigidas por esta ley, con exclusión de las que surgen de los arts. 3º (reciprocidad), 5º (jurisdicción concurrente argentina) y 10 (soberanía, orden público, intereses esenciales).

A su vez, el Tratado con España, en su art. 19.3, como ya dijimos, admite la postergación de la entrega del reclamado cuando circunstancias excepcionales de carácter personal y suficientemente serias la hicieren incompatible con razones humanitarias.

Ahora bien, la facultad de decidir el aplazamiento de la entrega, de acuerdo a nuestro procedimiento, es también exclusiva del Poder Ejecutivo, de acuerdo al art. 39 de la LCI.

Hasta aquí los intereses y las reglas jurídicas en juego.

VIII. A modo de colofón

En la sentencia analizada, nuestro máximo Tribunal se ocupa de resolver una compleja y delicada confrontación de derechos protegidos, de intereses tutelados, de principios e incluso de institutos jurídicos.

Como suele suceder en estos casos, ninguna solución resulta totalmente satisfactoria.

Evidentemente, desde el estricto plano normativo, la decisión de la Corte Suprema es ajustada a derecho.

La ponderación del interés superior de las hijas de la requerida ingresa dentro de esas cuestiones de orden público o intereses esenciales que el Estado a través del Poder Ejecutivo quiere resguardar.

Dentro del procedimiento de extradición previsto por la ley argentina, las excepciones que debe analizar el Poder Judicial son muy concretas y ninguna atañe a los derechos de los niños que, directa o indirectamente, podrían verse afectados por una sentencia favorable a la extradición.

Sin embargo, aun cuando la decisión última sea del Poder Ejecutivo e incluso pueda decidir la postergación de la entrega en pos de proveer las medidas para garantizar la vinculación paterno filial, lo deseable hubiera sido que el Poder Judicial, aun de oficio, por mandato de la Convención sobre Derechos del Niño de jerarquía constitucional, hubiera escuchado oportunamente a las niñas y hubiera aconsejado, en consecuencia, las providencias necesarias para resguardar la comunicación entre la requerida y aquéllos, a fin de respetar uno de los derechos más elementales del que debe gozar todo niño. ●

Cita on line: AR/DOC/791/2016

{ NOTAS }

(10) Art. 21.- Si no se diera el caso del artículo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto dictaminará respecto de las condiciones previstas en los arts. 3º y 10, y sobre los requisitos formales del requerimiento.

(11) Art. 36.- Sin perjuicio de que el tribunal hubiese declarado procedente la extradición, el Poder Ejecutivo resolverá su denegatoria si las circunstancias en ese momento hicieran aplicables las causas previstas en los arts. 3º y 10, o cuando haga lugar a la opción del

nacional en el caso previsto por el último párrafo del art. 12. El Poder Ejecutivo podrá delegar esta facultad en el ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Prueba testimonial en el proceso laboral

Amigo de una red social como testigo. Valor probatorio de la declaración. Procedencia de la acción de despido. Prueba de la jornada de trabajo. Teoría de la carga probatoria dinámica. Horas extra.

Hechos: Admitida una demanda por despido, el empleador dedujo recurso de apelación cuestionando la efectividad de la prueba testimonial por tratarse el testigo de un "amigo del Facebook". La Cámara confirmó el decisorio.

- 1.- El cuestionamiento del empleador relativo a la efectividad de la prueba testimonial basado en que por ser el testigo "amigo de Facebook" del trabajador le cabrían las generales de ley debe rechazarse, pues la calidad de amigo íntimo a la que alude el art. 441, inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial no resulta compatible con la de un amigo de una red social como la citada, máxime cuando el accionante tendría en esa misma calidad a quienes ni siquiera son personas humanas. [1]
- 2.- Las horas extras que el sentenciante tuvo por acreditadas deben confir-

marse si la accionada si limitó a negar su existencia sin indicar cuál era el horario cumplido por el trabajador (arts. 67 y 71, LO), pues por imperio de la doctrina de la carga dinámica de las pruebas es mucho más fácil a la patronal la demostración del horario que al actor.

119.073 — CNTrab., sala VII, 26/11/2015. - Urquiza, Cristian Adolfo c. Club de Remo Teutonia (Asociación Civil) s/ despido.

Cita on line: AR/JUR/67674/2015

CONTEXTOS DOCTRINARIOS DEL FALLO

[1] FIORENZA, Alejandro Alberto - MAINOLDI, María Soledad, "El valor probatorio de la declaración de un testigo que es 'amigo' de Facebook de una de las partes", DJ 27/08/2014, 7, AR/DOC/2370/2014.

COSTAS

Se imponen las de ambas instancias a la demandada.

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 26 de 2015.

La doctora *Ferreirós* dijo:

I. A fs. 6/12 se presenta el actor e inicia demanda contra Club de Remo Teutonia, en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedor con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.

Señala que ingresó a laborar a las órdenes de la demandada el 2 de enero de 1999, en la portería de la sede social del club.

Denuncia que la demandada registró la relación laboral el 1 de diciembre de 2006 -tardíamente- con una categoría menor a la real, y que cumplía las horas extras laboradas que no han sido abonadas adecuadamente.

Afirma que el 20 de julio de 2010 se le notificó su despido.

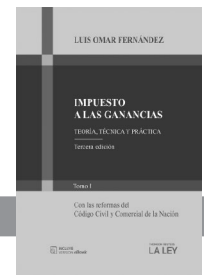
Reclama diferencias salariales e indemnizatorias, multas y demás rubros establecidos en la normativa vigente.

A fs. 54/61 niega todos y cada uno de los hechos invocados en la demanda, salvo los expresamente reconocidos.

La sentencia de primera instancia obra a fs. 333/340, en la cual la *a quo*, luego de

NOVEDADES FONDO EDITORIAL

IMPUESTO A LAS GANANCIAS TEORÍA, TÉCNICA Y PRÁCTICA CON LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN



Luis Omar **Fernández**
3ª edición

La Ley
2 tomos

MANUAL DE DERECHOS REALES



Eduardo **Molina Quiroga**

La Ley

DERECHO PENAL PARTE GENERAL



Esteban **Righi**
2ª edición actualizada

AbeledoPerrot

MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO CON LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN



Catalina **García Vizcaíno**
2ª edición ampliada y actualizada

AbeledoPerrot

Adquíralas llamando al **0810-222-5253** o en **www.laley.com.ar**

● VIENE DE PÁGINA 9

analizar los elementos de juicio obrantes en la causa, decide en sentido favorable a las principales pretensiones del actor.

Los recursos que analizaré llegan interpuestos por la parte demandada (fs. 341/354), y por la actora (fs. 355).

I. - Cuestiona la parte demandada la valoración de las probanzas arrojadas a la causa y aduce que la sentenciante ha arribado a una errada conclusión al tener por acreditada la fecha de ingreso denunciada por el actor y la extensión de la jornada descripta.

II. - Adelanto que no encuentro razones fácticas ni jurídicas que permitan apartarme de lo decidido en grado en este punto.

Veamos:

Respecto de la prueba testimonial:

Montes de Oca (fs. 178), Ramírez (fs. 214) y Hernández (fs. 234) son contestes al indicar que vieron al actor prestar servicio en el Club Teutonia con anterioridad a la fecha de ingreso denunciada por la demandada (2006); por lo tanto toda vez que estos relatos resultan ser veraces y coincidentes -en líneas generales-, gozan de plena fuerza convictiva (art. 90, LCT y arts. 456 y 386, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En relación con este punto, considero relevante destacar que es la propia demandada quien acompaña a fs. 22 la copia de un contrato firmado por el actor, en el cual consta el desempeño del trabajador a partir de enero de 2004 por un período de 90 días.

Sentado ello, deseo subrayar que del informe del experto contable glosado a fs. 286, 299/300, no surge la inscripción del contrato antes descripto, sino que la única fecha de ingreso que existe en los registros de la demandada es la de diciembre de 2006.

Es decir, no sólo los testigos aseguran que el actor prestó tareas para la demandada con anterioridad a diciembre de 2006, sino que la propia empleadora asume haberlo contratado en 2004, más no lo registró en sus libros (art. 55 de la L.C.T.).

En cuanto a los planteos realizados por la parte demandada cuestionando la efectividad de las testimoniales por ser algunas de ellas poco precisas o porque en el caso de Ramírez es "amigo de Facebook" del actor y por lo tanto le cabrían según su ver las generales de ley, no resultan aptas para revertir lo decidido en grado.

En efecto, la supuesta imprecisión de los dichos no resultan ser tales, si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido entre los hechos descriptos y el momento de la audiencia, máxime si en el punto central son coincidentes en tanto en el hecho que el actor prestó servicio con anterioridad a la fecha denunciada por su empleadora.

El quejoso aduce que debe tenerse por acreditado el vínculo de "amistad" con Ramírez por que el actor tendría en la red social "Facebook" como "amigo" al dependiente.

En este punto considero, que: 1) las copias de las que intenta valerse para acreditar la relación de amistad denunciada son copias simples. 2) surge de esa misma documental glosada a fs. 227/229 que el

actor tendría como "amigos" en la misma red social, "Almacén Tío Baba"; es decir, presenta la misma calidad de "amigo" que el testigo impugnado y siquiera es una persona física.

En efecto, es mi ver que la calidad de amigo íntimo al que alude el inc. 4 del art. 441 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no resulta compatible con la de un "amigo", de una red social como es "Facebook".

Por los argumentos expuestos propicio confirmar el fallo en este segmento.

III. En relación con las horas extras que la sentenciante ha tenido por acreditadas, y que la quejosa cuestiona, las mismas han de ser confirmadas.

Afirmo ello, pues de las propias manifestaciones de la empleadora surge que el actor realizaba jornadas con horarios rotativos, tal como lo señalan los testigos, por lo tanto, corresponde a la demandada indicar, al menos cuál era el horario cumplido por el trabajador.

Cuestión que no ha ocurrido, ya que la accionada se limita a negar la existencia de horas extras, más no indica en su contestación de demanda, cuál ha sido la jornada laboral de Urquiza (arts. 67 y 71 de L.O.), sino que se limita a indicar "... sus horarios, aun sus actividades, eran desiguales, fluctuantes y rotativas, conforme indicaciones y necesidades sin exceder los márgenes establecidos para las horas laborales en la convención colectiva 462/06...".

No dejaré de plantear asimismo que por imperio de la doctrina de la carga dinámica de las pruebas, es mucho más fácil a la patronal la demostración del horario, que al actor. El poder de dirección, de control, está en cabeza de la patronal. La ausencia de documentación que respalde la excepcionalidad a la norma no puede favorecer a quien es el único promotor de dicha ausencia. Es evidente que el obrero se encuentra impedido de exigirle al empleador que le firme la planilla de su prestación horaria. Es así interesante volver a la norma y así que el art. 6 de la ley 11.544 y art. 21 del decreto 16.115/1933, prescriben que para facilitar la aplicación de esta ley, cada patrón deberá: a) Hacer conocer por medio de avisos colocados en lugares visibles en el establecimiento o en cualquier otro sitio las horas en que comienza y termina el trabajo, b) Hacer conocer de la misma manera los descansos acordados durante la jornada de trabajo y que no se computan en ella, c) Inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo hechas efectivas a mérito de lo dispuesto por los arts. 3, 4 y 5 de esta ley. Ante la ausencia de exhibición de dichos registros y lo dispuesto por el art. 52, inc. g (datos que permitan una exacta evaluación de las obligaciones a su cargo) y lo dispuesto por el decreto 16.115/1933, que en su artículo 21, prescribe que: "las empresas llevarán registros permanentes de todas las prolongaciones de la jornada de trabajo, que sean excepcionales, con la indicación de su duración en horas y días, causas a que obedezcan y personal comprendido en las excepciones y, en su caso, en la recuperación." Dichos artículos, por último receptan el art. 8 del convenio N. 1 de OIT y el art. 11 pto. 2 del Convenio N. 30 de la misma OIT.

Por lo antes expuesto, propongo la confirmatoria del fallo en este punto.

IV. Por su parte, la invocada ausencia de reclamos del trabajador vigente la relación que vinculó a las partes, pero tal circunstancia en nada puede perjudicar al trabajador a la luz de lo normado en los

artículos 58 y 260 de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto la ley no le acuerda relevancia jurídica al silencio guardado por aquel frente a defectos formales e incumplimientos ocurridos en el transcurso de la relación de trabajo.

V. Agregó finalmente, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que -tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado criterio- el juzgador no está obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que -a su juicio- no sean decisivos (conf. CSJN, 29/04/1970, LA LEY 139-617; 27/08/1971, LA LEY 144-611 y citas jurisprudenciales en "Código Procesal..." Morrello, Tº II-C, Pág. 68 punto 2, Editorial Abeledo - Perrot; art. 386, última parte, del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: "Bazaras, Noemí c. Kolynos"; S.D. 32.313 del 29/06/1999).

VI. En relación con los certificados y la multa establecida en el art. 80 de la L.C.T., entiendo que de acuerdo a la solución arribada en el pleito, no cumple con la obligación de entrega la circunstancia de que la accionada haya confeccionado una constancia de acuerdo a los datos que figuraban en su registro.

Digo ello pues, la obligación se encuentra cumplida cuando los certificados contienen las circunstancias verídicas de la relación habida entre las partes, extremo que, en el caso, recién salió a la luz al dictarse la sentencia.

Por lo tanto la defensa intentada por la demanda en cuanto que los documentos fueron confeccionados en legal tiempo y puestos a disposición de la actora, no resulta hábil para modificar lo resuelto en la instancia anterior, en este punto.

VII. Cuestiona la parte que se haya hecho lugar a las multas establecidas en los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323.

La mencionada norma hace referencia al empleador que, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 y los artículos 6 y 7 de la Ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen y, consecuentemente lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las. Ello -establece- dará lugar a un incremento de un 50%.

En el caso, es cierto que la demandada ha pagado una liquidación, pero lo ha hecho en forma insuficiente, generándose entonces diferencias en su favor.

Recuerdo que para que haya pago, en un marco técnico-jurídico, debe producirse el cumplimiento de la obligación, estando la prestación sometida a dos requisitos fundamentales que son: la identidad y la integridad. Este último no fue cumplido en el caso de autos. El art. 742 del Cód. Civil impera en la materia y en nuestra disciplina debe complementarse con el art. 260 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El art. 2 de la Ley 25.323 deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. Ergo, son requisitos para su procedencia: la intimación fehaciente y el inicio de acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las.

La norma parece apuntar a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquél que se toma los tiempos judiciales, aun sabiendo que debe pagar (ver trabajo publicado en Errepar, nº 185, enero/01, T.XV, "Nuevo Régimen de Indemnizaciones Laborales establecido por la Ley 25.323", Dra. Estela M. Ferreirós). El actor intimó fehacientemente y debió iniciar el presente juicio para poder obtener el cobro.

Por lo tanto, cumplido los requisitos establecidos en la normativa vigente, propicio confirmar el fallo en este punto.

VIII. En cuanto a la multa del art. 1 de la ley 25.323, deseo recordar que la norma expresamente dispone "duplicación de la indemnización por antigüedad -art. 245 L.C.T. (o las que en el futuro las reemplacen)-, cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviese registrada o lo esté de modo deficiente".

Para que proceda su aplicación, la ley no se limita a contemplar el supuesto de ausencia de registración sino que incluye los casos de registración defectuosa y, en tanto no consigna concretamente en qué consiste la relación registrada "de modo deficiente", comparto la corriente doctrinaria que sostiene que debe interpretarse como registro "incompleto"; "imperfecto", "defectuoso", es decir no sólo la falsedad de la remuneración o de la fecha de ingreso, sino cualquier irregularidad o deficiencia en la registración.

En el presente caso, entiendo que sí se ha configurado la situación descripta por la norma, en tanto la empleadora asentó en los registros una fecha de ingreso y un salario que no era el real.

IX. No le asiste razón al recurrente pues sostiene que la suspensión del plazo operó en febrero de 2011, cuando en realidad de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3986 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación éste operó en 12 de agosto de 2011.

Siendo ello, así y dado que la contraparte no ha cuestionado este punto, concluyo que la solución arribada por la sentenciante resulta ajustada a derecho.

X. Respecto del cuestionamiento efectuado sobre costas y honorarios regulados, señalo que los porcentajes escogidos por el *a quo* para los profesionales intervinientes resultan equitativos, atendiendo a la importancia y extensión de los trabajos realizados, motivo por el cual propicio la confirmación de los mismos (arts. 38 de la ley 18.345 y demás normas arancelarias).

XI. De tener adhesión mi voto, propicio que las costas de ambas instancias se declaren a cargo de la demandada vencidas (art. 68 cit.) y se regulen honorarios a las representaciones letradas intervinientes en la alzada en un 25% para cada una de ellas, de los que en definitiva resulten para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores)

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo: por compartir sus fundamentos adhiero al voto que antecede.

El doctor *Guisado*: no vota (art. 125 ley 28.345).

A mérito de lo que resulta del presente acuerdo el Tribunal resuelve: 1) Confirmar el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios. 2) Declarar las costas de ambas

instancias a cargo de la demandada. 5) Regular honorarios a la representación letrada de las demandadas en el 25% (veinticinco por ciento) para cada una de ellas, de los que resulten para la primera instancia. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Estela M. Ferreiros. — Nestor M. Rodríguez Brunengo.*

! COSTAS
Se imponen las de ambas instancias en el orden causado, atento las particularidades de la cuestión (art.70, CPCCN).

2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 22 de 2015.

Considerando: I. El Sr. Juez de primera instancia admitió la medida cautelar solicitada por la Sra. V.N.B. y ordenó a Medicus SA que le otorgue la cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad -con ovodonación- según lo prescripto por su médico tratante hasta que se dicte sentencia definitiva.

Tal decisión fue apelada por la demandada, quien se queja -sustancialmente- porque se ordena la cobertura de donación de gametos, cuando no existe aún banco de embriones y/o gametos debidamente registrados en el REFES, y en consecuencia que no tiene posibilidad material de cumplir con la manda judicial.

II. Sentado lo anterior, y tal como lo señaló la jueza en la resolución apelada, el *sub lite* encuadra en la ley 26.862 titulada de la “Reproducción Médicamente Asistida” (sancionada el 5 de junio del 2013 y promulgada el 25 de junio del 2013) y en su decreto reglamentario 956/2013 del 19 de julio del 2013 (art. 3º del Cód. Civil).

Desde esta inteligencia, se advierte que el objeto de la ley es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida (conf. artículo 1º), tanto de baja como de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (artículo 2º), y se determina que tienen derecho a acceder a aquéllos a toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado (artículo 7º). Asimismo, se establece el deber de las obras sociales y entidades de medicina prepaga de incorporarlas como prestaciones obligatorias para sus afiliados o beneficiarios, determinando su inclusión en el PMO (artículo 8º).

Prevé que se cubrirán los nuevos procedimientos que sean desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por el Ministerio de Salud, como autoridad de aplicación. La cobertura integral e interdisciplinaria incluye al abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo de todos esos procedimientos y técnicas (arts. 1, 2, 3 y 8).

A los fines de su instrumentación crea, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los establecimientos médicos donde funcionan bancos receptores de gametos y/o embriones. Los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación (arts. 5 y 6).

III. Ahora bien, con relación al agravio atinente a la falta de instrumentación de la exigencia legal de un Registro de “banco de gametos”, debe consignarse que, a más de dos años de sancionada la ley 26.862, que cuenta con la información brindada por el Ministerio de Salud según la cual veintitrés instituciones ubicadas en distintas provincias del país han sido informadas por la “autoridad jurisdiccional” como aquellas que cuentan con banco de gametos. Lo

cierto es que para el caso, por la Ciudad de Buenos Aires no surge que hubiere sido informada alguna institución, mas ello no es óbice para admitir la pretensión de los actores. Ello, no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (cfr. Fallos: 321:2767). Asimismo, se ha dicho que la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación de la ley cuando su operatividad no ofrece duda (cfr. Fallos: 262:468).

En primer lugar, no parece serio obligar a los habitantes de una jurisdicción provincial trasladarse a otra para realizar el tratamiento de fertilización con ovodonación. No sólo porque no es un tema de distribución de recursos entre provincias o jurisdicciones lo que aquí juega, sino que el cambio de institución involuntario de quien accede a este complejo procedimiento (aunque sea en la misma jurisdicción) atenta contra la necesaria relación médico paciente que debe haber en este y en todo acto de la medicina destinada a curar o a dar vida.

En este orden de ideas, cabe agregar que la ley prevé la cobertura de la ovodonación con restricciones fundamentales relativas al consentimiento del donante y, además, circunscripta a la obligación de inscripción. Agregamos que, de concretarse el nacimiento, la garantía para que la persona nacida pueda ejercer su derecho a la identidad, también excede las cuestiones relativas a los derechos exclusivos de los actores relacionados con el acceso a los tratamientos y técnicas.

Pero, en las condiciones fácticas y jurídicas existentes a este momento, e imperativas para el juez que debe resolver (arts. 1 a 3 del Cód. Civil y Comercial y C.S. Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684 y 318:342, entre otros) de acceder a la pretensión cautelar no se verían alterados ningún derecho o interés de terceros ni afectado el orden que define la propia ley que implementa el sistema de registro en tanto dispone que las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 10, ley 26.862).

Así, pues los magistrados deben considerar las circunstancias existentes al tiempo de fallar (C.S. Fallos: 311:870; 314:568; 315:2684 y 318:342, entre otros). Las relativas al consentimiento del donante, cabe señalar que, el “centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.” (arts. 560 y 561 del Cód. Civil y Comercial de la Nación).

Sobre el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida para conocer datos necesarios para la salud y la identidad, la nueva legislación establece que debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento la siguiente información que, a petición de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida puede “...a) obtenerse del centro de salud interviniente información relati-

va a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local” (arts. 563 y 564).

Que respecto a la cuestión registral debe repararse en que, como política de salud, los registros tienen por objetivo primero y prioritario asegurar el acceso de la población a los Servicios de Salud, entendiendo por tales al conjunto de los recursos y acciones de carácter promocional, preventivo, asistencial y de rehabilitación, sean éstos de carácter público estatal, no estatal o privados. También constituyen objetivos la homogeneización de los instrumentos administrativos de fiscalización a efectos de lograr la armonización de los registros provinciales de manera tal que permitan una fiscalización integral y efectiva de los establecimientos de salud (Resolución 1070/2009, del Ministerio de Salud).

En el ámbito de ese Registro Federal de Establecimientos de Salud funcionará el registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones (art. 4 de la ley 26.862 y art. 4 del dec. 956/2013).

Finalmente, a partir de lo dispuesto en los Tratados Internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte Suprema ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

En tal sentido y conforme las obligaciones de los sujetos intervinientes que fueron reseñadas en los considerandos precedentes, la empresa de medicina prepaga demandada en autos (Medicus) y el centro de salud interviniente, deberán tomar conocimiento de lo aquí resuelto mediante oficios que librará la parte actora con copia de la presente; con carácter previo a la realización del tratamiento ICSI con ovodonación según la prescripción médica acompañada en autos, que se admite. Con posterioridad, las partes y el centro médico deberán comunicarse entre sí toda la información acerca del resultado del tratamiento, para que cada uno en su esfera cuente con la información suficiente para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones y para el ejercicio de las acciones tendientes a resguardar los derechos de las personas involucradas.

En consecuencia, y por los fundamentos expuestos, se debe confirmar la medida cautelar apelada en todos sus términos. Es decir, la ley contempla específicamente la prestación requerida por la aquí actora, consistente en la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, con donación de gametos.

Por ello se resuelve: Confirmar la resolución apelada, con costas de ambas instancias en el orden causado, atento las particularidades de la cuestión (art. 70 del CPCCN). Regístrese, notifíquese -oportunamente publíquese- y devuélvase.— *Guillermo A. Antelo. — Ricardo G. Recondo. — Graciela Medina.*

Fertilización asistida con donación de gametos

Protección de los derechos de las personas involucradas. Cobertura integral del tratamiento por la empresa de medicina prepaga. Procedencia de la medida cautelar en una acción de amparo. Derecho a la salud. Código Civil y Comercial.

Hechos: *El juez ordenó cautelarmente a la empresa de medicina prepaga demandada otorgar cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de gametos a la amparista según lo prescripto por su médico tratante hasta que se dicte sentencia definitiva. La accionada dedujo recurso de apelación y la Cámara confirmó el pronunciamiento.*

- 1.- Dado que la ley 26.862 contempla específicamente la prestación requerida por la amparista consistente en la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de gametos, corresponde confirmar la sentencia que ordenó cautelarmente a la empresa de medicina prepaga demandada a otorgar su cobertura integral, más allá de que en la Ciudad de Buenos Aires no surge que hubiere sido informada alguna institución que cuente con banco de gametos, pues ello no es óbice para admitir la pretensión.
- 2.- Admitida cautelarmente la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con donación de gametos y conforme las obligaciones de los sujetos intervinientes, la empresa de medicina prepaga demandada y el centro de salud interviniente deberán comunicarse toda la información acerca del resultado del tratamiento, para que cada uno en su esfera cuente con ella para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones y para el ejercicio de las acciones tendientes a resguardar los derechos de las personas involucradas (arts. 560, 561, 563 y 564 del Código Civil y Comercial). [1]

119.074 — CNFed. Civ. y Com., sala III, 22/12/2015. - B.V.N. c. Medicus SA s/ amparo de salud.

Cita on line: AR/JUR/73761/2015

! CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] URBINA, Paola Alejandra, “La identidad a partir del Código Civil y Comercial. Promoción y protección de los derechos de niños y niñas”, DFyP 2015 (septiembre), 147, AR/DOC/2472/2015.



NOTICIAS

FACULTAD DE DERECHO – UBA

Jornada “Teoría y práctica de las técnicas de reproducción asistida en el Código Civil y Comercial”

Dirección/coordinación: Dra. Marisa Herrera

Jueves 31 de marzo de 2016 de 18 a 21 hs. en el Salón Verde, Facultad de Derecho (UBA)

Temario:

Presentación de la investigación de campo sobre filiación heteróloga.
Elaboración de diversos modelos de consentimiento informado.
Estado del arte en la doctrina y jurisprudencia nacional.
Resolución de conflictos complejos: voluntad procreacional, consentimiento y gestación por sustitución.

Organizan:

Proyecto de Interés Institucional PII506
Proyecto de Investigación en Maestría PI407
Proyecto UBACYT 20020120200106BA

No requiere inscripción previa

Más información:

<http://colectivoderechofamilia.com/contacto/>THOMSON REUTERS
LA LEY

▶ LANZAMIENTO

LEY GENERAL DE SOCIEDADES 19.550

3A. EDICIÓN COMENTADA, ANOTADA, CONCORDADA, ACTUALIZADA Y AMPLIADA CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (LEY 26.994)

ALBERTO VÍCTOR VERÓN



Totalmente actualizada, con la doctrina y jurisprudencia más importante y la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

VERSIÓN:

eBook

eBook + 6 tomos

Encuadernación de lujo

- La única obra que analiza la Ley desde su Proyecto, continuando con sus diferentes reformas y culminando con su integración al Código Civil y Comercial de la Nación.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253**, en su sucursal más cercana o ingresando en www.laley.com.ar

Síguenos en [f](https://www.facebook.com/thomsonreuterslaley) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) •[in](https://www.youtube.com/channel/UC...) ThomsonReutersLatam • [g+](https://www.google.com/+LaleyArgentina) Google.com/+LaleyArgentina

THOMSON REUTERS



EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº17, a cargo del Dr. Marcelo Luis Gallo Tagle, Secretaría Única, a mi cargo, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de NORBERTO CÉSAR SMAR-DEMAN. Publíquese por 3 días en LA LEY.

Buenos Aires, 9 de marzo de 2016
Mariel Roxana Gil, sec.
LALEY: I. 23/03/16 V. 29/03/16

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº25, Secretaría única, sito en la calle Lavalle 1212 P. 6º CABA, da vista de la petición de divorcio a GERARDI ADRIÁN NORBERTO, entablada por RADAELLI CECILIA VANESA, expediente RADAELLI CECILIA y GERARDI ADRIÁN s/DIVORCIO art. 214, inc. 2do. Código Civil. El presente debe publicarse por dos días en el diario LaLey.

Buenos Aires, 9 de marzo de 2016
M. Florencia Bucich, sec. int.
LALEY: I. 23/03/16 V. 28/03/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº5, Secretaría Nº10, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que VILMA GREGORIA QUITO COAQUIRA DNI Nº94.621.367 de nacionalidad peruana y de ocupación enfermera, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 16 de febrero de 2016
M. Andrea Salamendy, sec.
LALEY: I. 23/03/16 V. 23/03/16

CAJEL Juzg. Nac. de 1ra. Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nro. 4, Sec. Nro. 7, informa que JOE LUIS SILVA GUZMÁN, de nacionalidad peruana, administrador de sistema y consultor, D.N.I. Nº93.998.723, ha iniciado los trámites para obtener la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días en LALEY.

Buenos Aires, 2 de febrero de 2016
Liliana Viña, sec.
LALEY: I. 23/03/16 V. 23/03/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº9, sito en la calle Libertad 731, piso 10 de la Capital Federal, hace saber que, ABRAHAMIAN ARUSYAK con DNI: 95.241.095 de nacionalidad armenia, ocupación ama de casa ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento

de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días en el Diario “LALEY”.

Buenos Aires, 26 de febrero de 2016
María Victoria Tripiccio, sec. ad-hoc
LALEY: I. 23/03/16 V. 23/03/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que EDSON NEIS DÍAZ BENITO nacido en Oruro, Cercado, Bolivia el 16 de septiembre de 1983 con DNI.: 92.727.259 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 “LALEY”.

Buenos Aires, 15 de febrero de 2016
Silvina A. Bracamonte, sec.
LALEY: I. 23/03/16 V. 23/03/16

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ANGELA NIGRO a fin de que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en LA LEY.

Buenos Aires, 20 de octubre de 2015
Mariela Oddi, sec. int.
LALEY: I. 22/03/16 V. 28/03/16

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº11, a cargo del Dr. Carlos H. Álvarez, Secretaría Nº22, a mi cargo, comunica por dos días en los autos “AGÜERO, MARIO DANIEL c/JMP, SA s/EJECUCIÓN”, Expte. Nº1296/09; que el martillero Gustavo Luciano Pernice (CUIT 20-12588820-9) rematará el día 1 de abril de 2016, a las 11:15 hs. en punto, en los salones de la calle Jean Jaures 545 de esta CABA, el buque de bandera argentina, denominado B/T “Adelaida L.”, matrícula 02160, interdicto en el Puerto de Escobar, Pcia. de Bs. As., de acuerdo a las constancias de autos y de lo que surge del informe de dominio expedido por el Reg. Nac. de Buques, Prefectura Naval Argentina, del día 11/03/201. Se trata de un buque tanque costero para derivados del petróleo, con casco simple de acero y con 12 tanques con capacidad de carga de 3960 m3, construido en Hinase, Japón del año 1970, Astillero: Okayama Zosen K. K., con 91,85 mts. de eslora, 13,00 mts. de manga y puntal de 5,90 mts., con un calado de 5,071 mts. y Lpp 85,98; un tonelaje neto de 894 Tns. y un total de 1,401 Tns., propulsado por un motor diesel de 3.200 HP de marca Akasaka, con Nº 7421, de 6 cilindros; velocidad: 13 nudos. Hélices 1f; Capacidad

combustible: 123 F.O.; Tripulantes: 16. Se deja expresa constancia que los certificados de navegación, incendio, cascos, etc., se encuentra vencidos: Base: dólares estadounidenses u\$s 258.632 o su equivalente en pesos moneda nacional al cambio establecido por el BCRA al momento de la finalización del remate y al de efectuarse el pago por la adquisición del bien; venta la contado y al mejor postor “ad corpus”; todo en dinero efectivo en el acto de la subasta: Señá 30%; Comisión 10%; Arancel CSJN: 0,25%; Sellado de ley: a cargo del comprador y para el caso de corresponder; Se aceptará abonar el pago de la señal con un cheque certificado de un banco de esta plaza a nombre del Juzgado y Secretaría, no así con referencia a los demás rubros que se deben pagar; Deudas: P.N.A. Fs. 483 Departamento contralor recaudatorio desde año 2008, cuota 1, al año 2015, cuota 1, al 28/05/2015, adeuda \$ 82.533,73 (Cap. e Int.); Exhibición: los días 29 y 30 de marzo de 2016, en el horario de 15:00 a 17:30 hs. en el Puerto de Escobar, Pcia. de Bs. As., (Amarradero “Guanabanny”), encontrándose el buque amarrado, en el Km. 69,500; margen derecha del Río Paraná de las Palmas, Escobar, Pcia. de Bs. As. El saldo de precio deberá ser integrado dentro del quinto día de aprobada la subasta sin necesidad de notificación ni intimación, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 580 del CPCC. Se deja constancia que el bien se vende en el estado de conservación y uso en que se encuentra, aceptando el adquirente todo de conformidad por haber visualizado el buque al momento de su exhibición, así como también, por haber consultado las actuaciones referenciada, visualizado las fotografías agregadas en autos y resoluciones allí dictadas. El comprador deberá constituir domicilio dentro del radio del Juzgado. Consultas al martillero al 114938-5085.

Buenos Aires, 7 de marzo de 2016
Laura G. Sendón, sec.
LALEY: I. 22/03/16 V. 23/03/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº89, Secretaría Única, sito en la calle Talcahuano 550, Piso 6º de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita al Sr. LEONARDO HORACIO CÉSAR SAMPEDRO, titular del D.N.I. Nº 20.619.297, a fin de que comparezca a estar a derecho en los autos caratulados “SAMPEDRO, LEONARDO HORACIO CÉSAR S/AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO” (Expte. Nº96210/2010). A tal efecto, publíquense edictos una vez por mes, durante seis meses a fin de ubicar al presunto ausente.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21 de agosto de 2015
Juan Pablo Iribarne, sec.
LALEY: I. 22/03/16 V. 22/03/16